

Оглавление

1. КОНСТИТУЦИОННО-ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ АСПЕКТЫ НЕДОПУСТИМОСТИ РАССМОТРЕНИЯ ЗАПРОСА ПРЕЗИДИУМА ВАС РФ ОТ 29 ИЮЛЯ 2010 г. САМОГО ПО СЕБЕ И В ПРИДАННОЙ ЕМУ ФОРМЕ.....	2
2. КОНСТИТУЦИОННО-ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ АСПЕКТЫ НЕДОПУСТИМОСТИ РАССМОТРЕНИЯ САМОГО ПО СЕБЕ ДОПОЛНЕНИЯ ОТ 30 ДЕКАБРЯ 2010 г. К УКАЗАННОМУ ЗАПРОСУ ПРЕЗИДИУМА ВАС РФ В ПРИДАННОЙ ТАКОМУ ДОПОЛНЕНИЮ ФОРМЕ	4
3. ДРУГИЕ ДОПУЩЕННЫЕ ПРЕЗИДИУМОМ ВАС РФ КОНСТИТУЦИОННО-ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ НАРУШЕНИЯ ПРИМЕНИТЕЛЬНО К ОБРАЩЕНИЮ В КС РФ С ЗАПРОСОМ И ДОПОЛНЕНИЕМ	5
4. УСЛОВНОЕ КОНСТИТУЦИОННО-ПРОЦЕССУАЛЬНОЕ ДОПУЩЕНИЕ ВОЗМОЖНОСТИ РАССМОТРЕНИЯ ЗАПРОСА ОТ 29 ИЮЛЯ 2010 г. ПРЕЗИДИУМА ВАС РФ И ДОПОЛНЕНИЯ ОТ 30 ДЕКАБРЯ 2010 г. К НЕМУ	9
5. ТОЛКОВАНИЕ ПОНЯТИЯ «СУД» ЕВРОПЕЙСКИМ СУДОМ О ПРАВАХ ЧЕЛОВЕКА.....	10
6. ВОПРОС ОБ АРБИТРАБильНОСТИ СПОРОВ С НАЛИЧИЕМ ПУБЛИЧНЫХ ЭЛЕМЕНТОВ ИЛИ ЗАТРАГИВАЮЩИХ ИНТЕРЕСЫ ТРЕТЬИХ ЛИЦ, В ПРАКТИКЕ ЕСПЧ.....	12
7. ВОПРОС О КОНСТИТУЦИОННОСТИ П. 1 СТ. 11 ГК РФ САМОЙ ПО СЕБЕ В СИСТЕМЕ ДЕЙСТВУЮЩЕГО ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ	13
8. ВОПРОС О КОНСТИТУЦИОННОСТИ НОРМ ФЗ «О ТРЕТЕЙСКИХ СУДАХ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ» САМИХ ПО СЕБЕ В СИСТЕМЕ ДЕЙСТВУЮЩЕГО ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ.....	24
9. ВОПРОС О КОНСТИТУЦИОННОСТИ П. 1 СТ. 11 ГК РФ И НОРМ ФЗ «О ТРЕТЕЙСКИХ СУДАХ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ» НЕ САМИХ ПО СЕБЕ, А В ИХ СИСТЕМНОЙ СВЯЗИ ПО ИХ КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВОМУ СМЫСЛУ В СИСТЕМЕ ДЕЙСТВУЮЩЕГО ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ	27
10. ВОПРОС О КОНСТИТУЦИОННОСТИ НОРМ ЗАКОНА РФ «О МЕЖДУНАРОДНОМ КОММЕРЧЕСКОМ АРБИТРАЖЕ» В СИСТЕМЕ ДЕЙСТВУЮЩЕГО ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ	27
11. ВОПРОС О КОНСТИТУЦИОННОСТИ П. 1 СТ. 33 ФЗ «О ИПОТЕКЕ (ЗАЛОГЕ) НЕДВИЖИМОСТИ» И СТ. 28 ФЗ «О ГОСУДАРСТВЕННОЙ РЕГИСТРАЦИИ ПРАВ НА НЕДВИЖИМОЕ ИМУЩЕСТВО И СДЕЛОК С НИМ» ПО ИХ КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВОМУ СМЫСЛУ В СИСТЕМЕ ДЕЙСТВУЮЩЕГО ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ РОССИИ, ВКЛЮЧАЯ ЕЕ МЕЖДУНАРОДНЫЕ ДОГОВОРЫ, А ТАКЖЕ ИНОСТРАННУЮ И МИРОВУЮ ПРАКТИКУ	29
12. НЕКОТОРЫЕ ДОПОЛНИТЕЛЬНЫЕ ЗАМЕЧАНИЯ ПО ПОВОДУ ЗАПРОСА ОТ 29 ИЮЛЯ 2010 г. ПРЕЗИДИУМА ВАС РФ И ДОПОЛНЕНИЯ ОТ 30 ДЕКАБРЯ 2010 г. К НЕМУ	37
СПРАВКА ОБ АРБИТРАБильНОСТИ СПОРОВ С НАЛИЧИЕМ ПУБЛИЧНЫХ ЭЛЕМЕНТОВ ИЛИ ЗАТРАГИВАЮЩИХ ИНТЕРЕСЫ ТРЕТЬИХ ЛИЦ, В ПРАВЕ НЕКОТОРЫХ ГОСУДАРСТВ.....	40
(также комментарий к «Справке по вопросу о разграничении природы государственного правосудия и третейского разбирательства и о правовом регулировании юрисдикции в отношении споров о недвижимом имуществе», представленной ВАС РФ в КС РФ)	40

МКАС при ТПП РФ были получены для представления своего отзыва следующие документы: запрос Президиума ВАС РФ от 29 июля 2010 г. в КС РФ о проверке конституционности п. 1 ст. 11 ГК РФ, п. 1 ст. 33 ФЗ «Об ипотеке (залоге) недвижимости» (с приложениями к нему (далее — Запрос Президиума ВАС РФ, Запрос)), а также Дополнение от 30 декабря 2010 г. к Запросу о проверке конституционности норм Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже», норм ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» и ст. 28 ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» (с приложениями к нему (далее также — Дополнение, Дополнение к Запросу)). Никакие иные дополнения к Запросу МКАС не получал.

После внимательного ознакомления с данными документами МКАС при ТПП РФ (далее — МКАС¹) считает необходимым сообщить и обратить внимание на следующее (к сожалению, недостаток времени не позволил подготовить более аргументированный и детальный документ)²:

1. КОНСТИТУЦИОННО-ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ АСПЕКТЫ НЕДОПУСТИМОСТИ РАССМОТРЕНИЯ ЗАПРОСА ПРЕЗИДИУМА ВАС РФ ОТ 29 ИЮЛЯ 2010 г. САМОГО ПО СЕБЕ И В ПРИДАННОЙ ЕМУ ФОРМЕ

1.1. В Запросе ясно указывается (стр. 3, 1 абз.), что выявленная якобы неопределенность в вопросе о том, соответствует ли Конституции РФ п. 1 ст. 11 ГК РФ, п. 1 ст. 33 ФЗ «Об ипотеке (залоге) недвижимости» была обнаружена Президиумом ВАС РФ при рассмотрении им двух конкретных дел (номера при рассмотрении в Президиуме ВАС РФ соответственно 530/10 и 634/10).

Из этого следует, что Запрос был направлен в КС РФ в рамках главы XIII «Рассмотрение дел о конституционности законов по запросам судов» ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации». Это подтверждается тем, что в определениях Президиума ВАС РФ от 18 мая 2010 г. № 530/10 и № 634/10 об обращении в КС РФ с Запросом упоминается ст. 103 ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» (стр. 6), содержащаяся как раз в главе XIII данного ФКЗ.

Кроме того, в п. 1 своего Запроса Президиум ВАС ссылается на ст. 101 указанного ФКЗ³, а также на ч. 3 ст. 13 АПК РФ⁴ и на абз. 2 п/п. 4 п. 1 ст. 10 ФКЗ «Об арбитражных судах в Российской Федерации»⁵, т.е. на те нормы, которые позволяют ему обращаться в КС РФ именно в ходе рассмотрения **конкретного дела**.

1.2. Между тем, как известно, у ВАС РФ также имеется право на основании ч. 2 ст. 125 Конституции РФ и ст. 84 ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» обращаться в КС РФ с запросом о проверке конституционности федеральных законов. Согласно ст. 36 ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» в таком случае основанием к рассмотрению дела является обнаружившаяся неопределенность в вопросе о том, соответствует ли Конституции РФ соответствующий закон. В данном случае речь идет о праве ВАС просить КС РФ осуществить так называемый абстрактный нормоконтроль, т.е. вне связи с применением акта в конкретном судебном или ином деле.

¹ В лице Председателя МКАС, который согласно § 5 Регламента МКАС обладает полномочиями выступать от имени МКАС в Российской Федерации и за границей.

² МКАС также сразу отмечает, что в «Справке по вопросу о разграничении природы государственного правосудия и третейского разбирательства и о правовом регулировании юрисдикции в отношении споров о недвижимом имуществе», представленной Президиумом ВАС РФ в КС РФ, содержатся недостоверные сведения: см. прилагаемую «Справку об арбитражности споров с наличием публичных элементов или затрагивающих интересы третьих лиц, в праве некоторых государств (также комментариев к «Справке по вопросу о разграничении природы государственного правосудия и третейского разбирательства и о правовом регулировании юрисдикции в отношении споров о недвижимом имуществе», представленной ВАС РФ в КС РФ)».

³ «Суд при рассмотрении дела в любой инстанции, придя к выводу о несоответствии Конституции Российской Федерации закона, примененного или подлежащего применению в указанном деле, обращается в Конституционный Суд Российской Федерации с запросом о проверке конституционности данного закона» (в редакции на момент обращения Президиума ВАС РФ с Запросом в КС РФ в июле 2010 г.).

⁴ «Если при рассмотрении конкретного дела арбитражный суд придет к выводу о несоответствии закона, примененного или подлежащего применению в рассматриваемом деле, Конституции Российской Федерации, арбитражный суд обращается в Конституционный Суд Российской Федерации с запросом о проверке конституционности этого закона».

⁵ «Высший Арбитражный Суд Российской Федерации: ... обращается в Конституционный Суд Российской Федерации с запросом о проверке конституционности закона, примененного или подлежащего применению в деле, рассматриваемом им в любой инстанции;».

Как известно, ВАС РФ неоднократно обращался в КС РФ с просьбой осуществить такой абстрактный нормоконтроль (см., например, постановление КС РФ от 22 ноября 2000 г. № 14-П «По делу о проверке конституционности части третьей статьи 5 Федерального закона «О государственной поддержке средств массовой информации и книгоиздания Российской Федерации»; постановление КС РФ от 25 июля 2001 г. № 12-П «По делу о проверке конституционности пункта 7 статьи 21 Федерального закона «О приватизации государственного имущества и об основах приватизации муниципального имущества в Российской Федерации» в связи с запросом Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации»).

1.3. В данном же случае имеет место обращение Президиума ВАС РФ в КС не в порядке абстрактного нормоконтроля, но в порядке, если его так можно назвать, «конкретно-правоприменительного нормоконтроля». Отличие его от абстрактного нормоконтроля четко указано в ст. 102 «Допустимость запроса» ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации»: *«Запрос суда допустим, если закон применен или подлежит, по мнению суда, применению в рассматриваемом им конкретном деле»* (в редакции на момент обращения Президиума ВАС РФ с Запросом в КС РФ в июле 2010 г.).

Кроме того, согласно ст. 13 ФКЗ «Об арбитражных судах в Российской Федерации» правом обращения в КС в порядке абстрактного нормоконтроля обладает не Президиум ВАС РФ, а только **Пленум ВАС РФ**.

1.4. В связи со сказанным важно подчеркнуть, что из Запроса в КС РФ явно следует то, что Президиум ВАС РФ просит проверить конституционность п. 1 ст. 11 ГК РФ и п. 1 ст. 33 ФЗ «Об ипотеке (залоге) недвижимости».

Однако все дело в том, что в двух конкретных делах, рассматривавшихся Арбитражным судом Республики Татарстан, затем Федеральным арбитражным судом Поволжского округа, затем Президиумом ВАС 18 мая 2010 г. (равно как и коллегией судей ВАС РФ 11 марта 2010 г.) ни п. 1 ст. 11 ГК РФ, ни п. 1 ст. 33 ФЗ «Об ипотеке (залоге) недвижимости» не применялись. Это ясно видно из всех соответствующих процессуальных актов.

Более того, п. 1 ст. 33 ФЗ «Об ипотеке (залоге) недвижимости», исходя из его содержания, применению при рассмотрении указанных дел в Президиуме ВАС РФ, **вообще не подлежит**. П. 1 такой ст. 33 предусматривает: *«В случаях предъявления к залогодателю другими лицами требований о признании за ними права собственности или иных прав на заложенное имущество, о его изъятии (истребовании) или об обременении указанного имущества либо иных требований, удовлетворение которых может повлечь уменьшение стоимости или ухудшение этого имущества, залогодатель обязан немедленно уведомить об этом залогодержателя, если он ему известен. При предъявлении к залогодателю соответствующего иска в суде, арбитражном суде или третейском суде (далее — суд) он должен привлечь такого залогодержателя к участию в деле»*. Однако в двух конкретных делах, в связи с которыми Президиум ВАС РФ обратился в КС РФ, речь шла о выдаче исполнительных листов на решения третейского суда. Кроме того, этот третейский суд также не применял п. 1 ст. 33 ФЗ «Об ипотеке (залоге) недвижимости», поскольку разрешал иной спор: о взыскании в пользу залогодержателя с залогодателя задолженности по кредиту и об обращении взыскания на предмет залога. Между тем в п. 1 ст. 33 ФЗ «Об ипотеке (залоге) недвижимости» речь идет о совершенно других правоотношениях: между залогодателем и третьими лицами. Простого упоминания о п. 1 такой ст. 33 на стр. 4 определений Президиума ВАС РФ от 18 мая 2010 г. № 530/10 и № 634/10 об обращении в КС РФ с Запросом не является достаточным для того, чтобы считать ее примененной или подлежащей применению в таких делах: она посвящена совершенно иным вопросам, нежели те, который рассматривались или подлежат рассмотрению в указанных делах.

1.5. При этом возможное возражение о том, что применению при рассмотрении указанных дел в Президиуме ВАС РФ подлежит по отдельности п. 1 ст. 11 ГК РФ, не выдерживает никакой критики.

Из Запроса в КС РФ явно следует, что Президиум ВАС РФ просит проверить конституционность п. 1 ст. 11 ГК РФ и п. 1 ст. 33 ФЗ «Об ипотеке (залоге) недвижимости» **исключительно в их системной связи** (хотя в Запросе ВАС РФ об этом четко и не говорится). Проверка конституционности п. 1 ст. 11 ГК РФ вне связи с проверкой п. 1 ст. 33 ФЗ «Об ипотеке (залоге) недвижимости» по смыслу Запроса вообще не является возможной.

Согласно ст. 74 ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» *«Конституционный Суд Российской Федерации принимает постановления и дает заключения только по предмету, указанному в обращении, и лишь в отношении той части акта или компетенции органа, конституционность которых подвергается сомнению в обращении».*

1.6. Ввиду сказанного п. 1 ст. 11 ГК РФ и п. 1 ст. 33 ФЗ «Об ипотеке (залоге) недвижимости» в их системной связи не могут быть предметом рассмотрения по данному делу и Запрос Президиума ВАС РФ сам по себе не является в приданной ему форме допустимым в соответствии с требованиями ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации».

Если ВАС РФ действительно желает проверки в КС РФ конституционности п. 1 ст. 11 ГК РФ и п. 1 ст. 33 ФЗ «Об ипотеке (залоге) недвижимости», то ВАС РФ следует изменить процессуальные основания и форму обращения в КС РФ (например, обратиться в КС РФ в порядке так называемого абстрактного нормоконтроля на основании решения Пленума ВАС РФ).

2. КОНСТИТУЦИОННО-ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ АСПЕКТЫ НЕДОПУСТИМОСТИ РАССМОТРЕНИЯ САМОГО ПО СЕБЕ ДОПОЛНЕНИЯ ОТ 30 ДЕКАБРЯ 2010 г. К УКАЗАННОМУ ЗАПРОСУ ПРЕЗИДИУМА ВАС РФ В ПРИДАННОЙ ТАКОМУ ДОПОЛНЕНИЮ ФОРМЕ

2.1. Президиум ВАС РФ в Дополнении к Запросу просит проверить конституционность норм Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже» и норм ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации», а также ст. 28 ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним». В данном случае речь идет не о новом самостоятельном обращении ВАС РФ в КС РФ, а именно о Дополнении ранее поданного Запроса. Ввиду этого сказанное в предыдущем разделе в отношении Запроса является *mutatis mutandis* применимым и к Дополнению.

В связи с этим нельзя не отметить, что подобно тому, как п. 1 ст. 33 ФЗ «Об ипотеке (залоге) недвижимости», исходя из его содержания, в двух вышеупомянутых конкретных делах, в связи с которыми Президиум ВАС РФ обратился в КС РФ, не применялся и применению вообще не подлежит, так и ст. 28 ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним», равно как и нормы Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже» в двух указанных делах также не применялись и применению вообще не подлежат.

2.2. Как известно, ст. 28 называется «Государственная регистрация прав на недвижимое имущество, установленных решением суда, арбитражного суда или третейского суда», и в ее тексте под «судом» понимается, в том числе, третейский суд. Однако в двух вышеупомянутых делах, как следует из всех соответствующих судебных актах, речь о регистрации прав на недвижимое имущество вообще не шла.

2.3. Что же касается Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже», то он, как следует из его ст. 1 «Сфера применения», подлежит применению при наличии соответствующей договоренности (арбитражного соглашения или арбитражной оговорки)

субъектов оборота в отношении их споров из договорных и других гражданско-правовых отношений, возникающих при осуществлении внешнеторговых и иных видов международных экономических связей, **если коммерческое предприятие хотя бы одной из сторон находится за границей,**

а также в отношении споров предприятий с иностранными инвестициями и международных объединений и организаций, созданных на территории Российской Федерации, между собой, споров между их участниками, а равно их споров с другими субъектами права Российской Федерации (опять-таки при наличии соответствующей договоренности сторон спора (арбитражного соглашения или арбитражной оговорки)).

В двух вышеупомянутых конкретных делах, в связи с которыми Президиум ВАС РФ обратился в КС РФ, Закон РФ «О международном коммерческом арбитраже» не применялся. Как следует из двух решений третейского суда, вопрос о выдаче исполнительных листов на которые рассматривался государственными арбитражными судами, при вынесении таких третейских решений применялся ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации», а не Закон РФ «О международном коммерческом арбитраже».

В актах Арбитражного суда Республики Татарстан, Федерального арбитражного суда Поволжского округа, а также коллегии судей ВАС РФ 11 марта 2010 г. и, наконец, в определениях Президиума ВАС РФ от 18 мая 2010 г. № 530/10 и № 634/10 об обращении в КС РФ с Запросом упоминается исключительно ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации», а не Закон РФ «О международном коммерческом арбитраже». Никаких оснований для применения в последующем Президиумом ВАС РФ Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже» также не имеется.

2.4. Ввиду сказанного ст. 28 ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» и нормы Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже» не могут быть предметом рассмотрения по данному делу и Дополнение к Запросу Президиума ВАС РФ само по себе не является в приданной такому Дополнению форме допустимым в соответствии с требованиями ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации».

Если ВАС РФ действительно желает проверки в КС РФ конституционности ст. 28 ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» и норм Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже», то ВАС РФ следует изменить процессуальные основания и форму обращения в КС РФ (например, обратиться в КС РФ в порядке так называемого абстрактного нормоконтроля на основании решения Пленума ВАС РФ).

3. ДРУГИЕ ДОПУЩЕННЫЕ ПРЕЗИДИУМОМ ВАС РФ КОНСТИТУЦИОННО-ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ НАРУШЕНИЯ ПРИМЕНИТЕЛЬНО К ОБРАЩЕНИЮ В КС РФ С ЗАПРОСОМ И ДОПОЛНЕНИЕМ

3.1. Еще одним конституционно-процессуальным аспектом недопустимости рассмотрения Дополнения к Запросу в приданной ему форме является то, что в нем Президиум ВАС РФ говорит о необходимости проверки конституционности Закон РФ «О международном коммерческом арбитраже», а также ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» *«в части, в которой нормы указанных законов не обеспечивают реализацию принципа правовой определенности по вопросу об определении конкретных категорий споров, которые могут быть отнесены и которые не могут быть отнесены к компетенции третейских судов (международных коммерческих арбитражей), то есть не закрепляют четкие правила арбитрабельности и неарбитрабельности споров»* (стр. 2).

Однако Президиум ВАС РФ, не называет при этом конкретные нормы (в Дополнении не употребляется даже формулировка «соответствующие нормы»),

конституционность которых он просит проверить КС РФ. Тем самым фактически оспаривается имеющийся, по мнению Президиум ВАС РФ, пробел в законодательстве.

Между тем, согласно правовым позициям КС РФ заявления и жалобы, в которых ставится вопрос о пробельности действующего законодательства, традиционно относятся к категории неподведомственных для рассмотрения в КС РФ. Это объясняется тем, что своим решением КС РФ не вправе восполнить пробел в правовом регулировании. Иное означало бы, что КС РФ подменяет собой законодателя.

Правовая позиция КС РФ по данному вопросу неоднократно находила отражение в его определениях.

Так, например, в практике КС РФ известен случай, когда гражданин поставил перед КС РФ вопрос о признании неконституционным положений федерального закона «О государственном пенсионном обеспечении в РФ» в связи с тем, что нормы этого закона не предусматривают назначение пенсии за выслугу лет гражданам, проработавшим в течение определенного времени в аппаратах органов государственной власти и управления СССР и РСФСР и уволенным из них. Отказывая в принятии жалобы КС РФ в своем определении от 19 февраля 2004 г. № 57-О указал: *«Фактически же заявитель ставит перед Конституционным Судом Российской Федерации вопрос о внесении целесообразных, с его точки зрения, изменений в действующее пенсионное законодательство, с тем чтобы признать право граждан, проработавших в органах государственной власти и управления СССР, на получение пенсий на условиях, предусмотренных Федеральным законом «О государственном пенсионном обеспечении в Российской Федерации».* Между тем разрешение этого вопроса является прерогативой законодателя и не относится к полномочиям Конституционного Суда Российской Федерации, как они определены статьей 125 Конституции Российской Федерации и статьей 3 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации».

Имеются и иные примеры, в которых отражена аналогичная позиция КС РФ (далее подчеркнута нами):

«В своей жалобе гражданин В.В. Жириновский, настаивая на проверке конституционности пункта 8 статьи 52 Федерального закона «О выборах Президента Российской Федерации» (устанавливающего закрытый перечень лиц, которые могут участвовать в агитационных мероприятиях, проводимых на общероссийских телеканалах, в случаях, когда зарегистрированный кандидат по вынуждающим к тому обстоятельствам не может принять в них участие), считая данный перечень неполным и предлагая предоставить уполномоченным представителям политических партий право выступать от имени кандидата в Президенты Российской Федерации, тем самым фактически ставит вопрос о внесении целесообразных, с его точки зрения, изменений и дополнений в действующее законодательство.

Между тем разрешение данного вопроса относится к исключительной компетенции федерального законодателя и не входит в круг полномочий Конституционного Суда Российской Федерации, как они определены статьей 125 Конституции Российской Федерации и статьей 3 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации». Следовательно, данная жалоба и в этой части не может быть принята Конституционным Судом Российской Федерации к рассмотрению» (определение Конституционного Суда РФ от 30 сентября 2004 г. № 299-О);

«Гражданка В.И. Кибальникова была уволена с работы за систематическое неисполнение без уважительных причин обязанностей, возложенных на нее трудовым договором (пункт 3 статьи 33 КЗоТ Российской Федерации). В ее жалобах в Конституционный Суд Российской Федерации утверждается, что при увольнении были нарушены конституционное право на труд и конституционный принцип равенства всех перед законом, что вызвано неточностью формулировок статей 127 и 135 КЗоТ

Российской Федерации, поскольку в них не раскрыты понятия «трудовая дисциплина» и «нарушение трудовой дисциплины». Такой пробел в трудовом законодательстве, считает заявительница, допускает возможность наложения дисциплинарного взыскания за неисполнение незаконных распоряжений работодателя.

Следовательно, заявительница практически ставит вопрос о несовершенстве действующего законодательства и необходимости устранения имеющейся в нем пробельности. Решение данного вопроса не относится к компетенции Конституционного Суда Российской Федерации, установленной Конституцией Российской Федерации (статья 125) и Федеральным конституционным законом «О Конституционном Суде Российской Федерации», а является прерогативой Федерального Собрания Российской Федерации» (Определение Конституционного Суда РФ от 28 июня 1995 г. № 40-О «О признании жалобы гражданки В.И. Кибальниковой не соответствующей требованиям Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации»).

Таким образом, при подача в КС РФ жалоб или запросов в связи с тем, что в каком-либо законе не закрепляются какие-либо положения (например, «четкие правила арбитрабельности и неарбитрабельности споров», на что ссылается Президиум ВАС РФ в Дополнении к Запросу), отсутствует как таковой предмет обращения — а именно, конкретная норма конкретной статьи конкретного закона, конституционность которой просит проверить заявитель.

Данный факт, будучи установленным КС РФ, сам по себе является достаточным основанием для признания Дополнения ВАС РФ в соответствующей части не соответствующим требованиям ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации».

3.2. Обращение в КС РФ предполагает соблюдение строго определенных требований к подаваемому запросу и к самому порядку обращения, что было неоднократно подтверждено в решениях самого КС РФ.

Несоблюдение критериев допустимости жалобы, указанных в ст.ст. 37—39, 96, 97 ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» (если это обращение в ходе рассмотрения судом конкретного дела), должно влечь отказ в принятии запроса.

3.2.1. В определении КС РФ от 5 июля 2002 г. № 187-О разъяснено понятие «конкретное дело» и указано: «Конкретным делом в смысле указанных положений Конституции Российской Федерации и Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» является то дело, в котором судом или иным правоприменительным органом в установленной юрисдикционной и иной процедуре разрешается затрагивающий права и свободы заявителя вопрос на основе норм соответствующего закона, устанавливаются и (или) исследуются фактические обстоятельства. Гражданин при этом обязан приложить к жалобе копию официального документа, подтверждающего применение либо возможность применения оспариваемого закона при разрешении его конкретного дела (часть вторая статьи 96 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации»)».

Очевидно, что во избежание дискриминационного подхода аналогичное требование должно быть распространено и на обращение Президиума ВАС РФ с Запросом и Дополнением.

Однако Президиум ВАС в своем Запросе и/или Дополнении не указал четко и недвусмысленно на применение либо возможность применения неясных для него с конституционной точки зрения положений законов при разрешении двух вышеупомянутых конкретных дел, в связи с которыми Президиум ВАС РФ обратился в КС РФ. Он также не приложил к своему Запросу и/или Дополнению официальные документы, подтверждающие применение либо возможность применения неясных для

него с конституционной точки зрения положений законов при разрешении двух вышеупомянутых конкретных дел.

3.2.2. Кроме того, согласно ст. 37 ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» *«В обращении должны быть указаны:... наименование и адрес государственного органа, издавшего акт, который подлежит проверке, либо участвующего в споре о компетенции».*

Как следует из текста Запроса, а также Дополнения к нему, это требование соблюдено не было, поскольку

— помимо перечисления на первой странице Запроса *«органов, издавших и подписавших оспариваемый акт»* — Государственной Думы, Совета Федерации и Президента с указанием их адресов — каких-либо иных подобных сведений ни Запрос, ни Дополнение к нему не содержат;

— из приведенной формулировки не ясно, к какому из обжалуемых актов Запроса — ГК РФ либо ФЗ «Об ипотеке (залоге) недвижимости» — относится данное указание;

— можно бы было предположить, что приведенные на первой странице Запроса сведения относятся ко всем оспариваемым ВАС РФ законам, в том числе к упоминаемым в Дополнении (хотя в Дополнении такая оговорка не сделана), однако среди обжалуемых актов есть Закон РФ «О международном коммерческом арбитраже», принятый Верховным Советом Российской Федерации, тогда как информации об этом Запрос и Дополнение не содержат.

3.2.3. Согласно ст. 37 ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» *«В обращении должны быть указаны:... источник опубликования и иные данные о подлежащем проверке акте».*

Как следует из текста Запроса, а также Дополнения к нему, указанное требование было полностью проигнорировано.

3.2.4. Согласно ст. 37 ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» *«В обращении должны быть указаны:... наименование заявителя (в жалобе гражданина — фамилия, имя, отчество); адрес и иные данные о заявителе».*

Заявителем в настоящем деле является суд, а именно Президиум ВАС в составе председательствующего и его членов, исследовавший материалы дел и принявший решение о приостановлении производства по ним и обращении в КС РФ.

Именно Президиум ВАС РФ и был полномочен принимать такое решение, оформив его соответствующими определениями и направив в КС РФ Запрос, подписанный председательствующим Президиума ВАС.

Данная позиция подтверждается определением КС РФ от 2 марта 2000 г. № 35-О «По делу об отказе в принятии к рассмотрению запроса судьи Верховного Суда Республики Коми С.А. Юркина о проверке конституционности применения статьи 30 и пункта «в» части третьей статьи 158 УК Российской Федерации»: *«Как следует из представленных материалов, уголовное дело по обвинению И.Г. Семяшкина рассматривалось Судебной коллегией по уголовным делам Верховного Суда Республики Коми в составе трех судей. Именно в таком составе этот суд уполномочен принимать как решение по делу, так и решение об обращении в Конституционный Суд Российской Федерации с запросом о проверке конституционности закона, примененного или подлежащего применению в рассматриваемом им деле. Судья же вправе обращаться в Конституционный Суд Российской Федерации лишь в связи с производством по тем делам, которые в силу закона он рассматривает единолично».*

Однако, как следует из текста Дополнения и иных представленных материалов, **Президиумом ВАС РФ не принималось отдельное решение об обращении в КС РФ с запросом о проверке конституционности норм Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже», норм ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации», а также ст. 28 ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и**

сделок с ним»), а **отдельное определение с позицией судей — членов Президиума ВАС РФ — в связи с этим не оформлялось.**

Это фактически означает, что решение о подготовке и направлении Дополнения в КС РФ (которое можно считать самостоятельным обращением в КС РФ, поскольку оно имеет иной предмет) было принято не судебным составом, рассматривавшим конкретные дела, а единолично А.А. Ивановым, действовавшим в качестве Председателя ВАС РФ, но не председателя соответствующего состава Президиума ВАС РФ. Это также подтверждается тем, что Дополнение оформлено на бланке ВАС РФ, а не Председателя ВАС РФ, как Запрос, и, соответственно, подписано А. Ивановым как председателем ВАС РФ, а не как председательствующим состава Президиума ВАС РФ⁶.

Следовательно, заявитель в случае с обращением в КС РФ в форме Дополнения не может быть признан надлежащим, а его запрос — допустимым по смыслу ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации».

3.3. Вызывает вопрос и то, каким образом Запрос и Дополнение могли быть приняты в таком виде Секретариатом КС РФ и переданы на рассмотрение судье КС РФ, учитывая общеизвестную четкую и слаженную работу Секретариата КС РФ на основании критериев формализма с целью недопущения принятия КС РФ жалоб физических и юридических лиц, даже в малейшей степени не соответствующих ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации».

4. УСЛОВНОЕ КОНСТИТУЦИОННО-ПРОЦЕССУАЛЬНОЕ ДОПУЩЕНИЕ ВОЗМОЖНОСТИ РАССМОТРЕНИЯ ЗАПРОСА ОТ 29 ИЮЛЯ 2010 г. ПРЕЗИДИУМА ВАС РФ И ДОПОЛНЕНИЯ ОТ 30 ДЕКАБРЯ 2010 г. К НЕМУ

4.1. Однако если игнорировать все сказанное выше, то можно условно признать права Президиума ВАС обратиться в КС РФ в порядке конкретно-правоприменительного нормоконтроля применительно к проверке конституционности п. 1 ст. 11 ГК РФ (безотносительно к п. 1 ст. 33 ФЗ «Об ипотеке (залоге) недвижимости») и норм ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» хотя бы с точки зрения необходимости опровержения по существу заявленной им некорректной правовой позиции.

Ввиду этого можно указать на то, что нормы ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» применялись государственными арбитражными судами в двух вышеупомянутых конкретных делах, в связи с которыми Президиум ВАС РФ обратился в КС РФ, равно как и подлежат применению Президиумом РФ. П. 1 ст. 11 ГК РФ также можно при игнорировании сказанного выше считать в какой-то мере нормой, которая в свете всех обстоятельств дела подлежит применению Президиумом ВАС РФ (см. стр. 4 определений Президиума ВАС РФ от 18 мая 2010 г. № 530/10 и № 634/10 об обращении в КС РФ с Запросом).

4.2. Поскольку КС РФ принимает постановления и дает заключения только по предмету, указанному в обращении, и лишь в отношении той части акта, конституционность которых подвергается сомнению в обращении (ст. 74 ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации»), п. 1 ст. 11 ГК РФ может быть проверен (условно) на конституционность исключительно по предмету, указанному ВАС РФ⁷, а именно лишь в отношении того, имеется ли неопределенность в вопросе о его соответствии Конституции РФ ввиду того, что:

— это положение содержит широкое понятие «суд», применяя его как к государственным судам, включенным Конституцией РФ в судебную систему России, так и к третейским судам (стр. 7 Запроса);

⁶ Однако в настоящем документе исключительно для удобства словоупотребления может указываться, что Дополнение к Запросу исходит от Президиума ВАС РФ.

⁷ Нельзя не отметить, что такой предмет указан Президиумом ВАС РФ расплывчато.

— поскольку в нем не делается различия между государственными судами и третейскими судами, то благодаря этому возможен вывод о включении третейских судов в судебную систему России и возникает возможность рассмотрения третейскими судами гражданско-правовых споров с публичным элементом, которые в силу правовой природы третейского суда им рассматриваться не могут, например, споров, предполагающих обращение взыскания на недвижимое имущество (стр. 9 Запроса);

— в итоге это положение позволяет отождествлять третейские суды с государственными судами и наделять третейские суды в связи с этим правом разрешения споров, касающихся недвижимого имущества, с публичным интересом, в результате чего возникающая неопределенность приводит к противоречивой правоприменительной практике, нарушая интересы широкого круга участников гражданского оборота, а также публичные интересы (стр. 14 Запроса).

4.3. Равным образом нормы ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» могут быть проверены (условно) на конституционность исключительно по предмету, указанному ВАС РФ⁸, а именно лишь в отношении того, имеется ли неопределенность в вопросе об их соответствии Конституции РФ ввиду того, что:

— в них не содержится четких критериев, позволяющих судам и участникам экономического оборота установить категории споров, вытекающих из гражданских правоотношений, которые могут быть такими участниками переданы на рассмотрение третейских судов или же которые не могут передаваться на такое рассмотрение, поскольку имеют публично-правовую составляющую (стр. 3—4 Дополнения);

— их неясное содержание делает возможным формирование заблуждения о том, что отдельные споры с публичным элементом могут рассматриваться в третейских судах, несмотря на то, что они должны относиться к исключительной компетенции государственного суда или же возникают из отношений, в которых стороны не обладают полной свободой распоряжения (стр. 5—6 Дополнения), создают неопределенность в вопросе о праве третейских судов рассматривать отдельные категории споров, в частности гражданско-правовые споры с публичным элементом (стр. 7—8 Дополнения).

Однако перед тем как выразить свое мнение по поводу конституционности указанных положений, МКАС в двух следующих разделах очень коротко обращает внимание КС РФ на то, как поставленные Президиумом ВАС РФ вопросы находят то или иное отражение в практике Европейского суда по правам человека. Как известно, этот суд относится к возможности передачи дел в третейский суд благоприятно⁹, как отвечающей принципу свободы договора и не нарушающей право на суд, созданный на основании закона.

5. ТОЛКОВАНИЕ ПОНЯТИЯ «СУД» ЕВРОПЕЙСКИМ СУДОМ О ПРАВАХ ЧЕЛОВЕКА

5.1. Неосновательность позиции Президиума ВАС РФ применительно к п. 1 ст. 11 ГК РФ подтверждается в первую очередь тем толкованием понятия «суд», которое давал и дает применительно к нему Европейский суд по правам человека (далее — ЕСПЧ) в контексте ст. 6 «Право на справедливое судебное разбирательство» Конвенции о защите прав человека и основных свобод (Рим, 4 ноября 1950 г.), имеющей силу и для России.

Как известно, п. 1 такой ст. устанавливает, в частности: *«Каждый в случае спора о его гражданских правах и обязанностях или при предъявлении ему любого уголовного обвинения имеет право на справедливое и публичное разбирательство дела в разумный срок независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона».*

⁸ Опять-таки нельзя не отметить, что такой предмет указан Президиумом ВАС РФ расплывчато.

⁹ Комаров А.С. Основополагающие принципы третейского суда // Вестник ВАС РФ. 2001. № 4. С. 87—94.

5.2. Еще в постановлении от 28 июня 1984 г. по делу Campbell и Fell против Великобритании (заявление №№ 7819/77; 7878/77) ЕСПЧ указал (о третейском разбирательстве речь в деле не шла): *«76. Опять-таки, слово «суд» в статье 6, пункт 1 (ст.6-1) не обязательно должно пониматься как обозначающее судебное учреждение классического вида, интегрированное в стандартный судебный механизм страны».*

Впоследствии в постановлении от 8 июля 1986 г. по делу Lithgow и другие против Великобритании (заявления №№ 9006/80; 9262/81; 9263/81; 9265/81; 9266/81; 9313/81; 9405/81) ЕСПЧ развил эту мысль уже применительно к третейскому разбирательству: *«201. Прежде всего они [заявители] утверждали, что третейский суд не являлся «законным судом» в том, что он выступал экстраординарным судом, а именно судом, основанным для целей вынесения решений по ограниченному числу особых вопросов, затрагивающих ограниченное число компаний».*

Суд не может принять данный довод. Он отмечает, что третейский суд являлся «созданным на основании закона», момент, который заявители не оспаривали. Опять-таки, он напоминает, что слово «суд» в п. 1 статьи 6 (ст. 6-1) не обязательно должно пониматься как обозначающее судебное учреждение классического вида, интегрированное в стандартный судебный механизм страны...; таким образом, оно может охватывать орган, учрежденный для решения ограниченного числа особых вопросов, всегда при условии, что им предлагаются надлежащие гарантии».

Затем этот подход был вновь продемонстрирован в постановлении от 16 декабря 2003 г. по делу компании «Transado-Transportes Fluviais Do Sado, S.A.» против Португалии (заявление № 35943/02), в котором заявитель указывал на нарушение ст. 6 Конвенции, допущенное в ходе третейского разбирательства с его участием: *«Суд вначале отмечает, что статья 6 не препятствует учреждению третейских судов для того, чтобы разрешать определенные споры. В самом деле, слово «суд» в § 1 статьи 6 не обязательно должно пониматься как обозначающее судебное учреждение классического вида, интегрированное в стандартный судебный механизм страны».*

Наконец, в п. 54 постановления от 3 апреля 2008 г. по делу Regent Company против Украины (заявление № 773/03) ЕСПЧ указал применительно к Международному коммерческому арбитражному суду при ТПП Украины: *«Поскольку Правительство заявляет возражение против применимости § 1 статьи 6 Конвенции к третейскому разбирательству, Суд повторяет, что статья 6 не препятствует учреждению третейских судов для того, чтобы разрешать споры между частными лицами. В самом деле, слово «суд» в § 1 статьи 6 не обязательно должно пониматься как обозначающее судебное учреждение классического вида, интегрированное в стандартный судебный механизм страны... Он далее полагает, что арбитражный суд [МКАС при ТПП Украины] являлся «судом, созданным на основании закона», действующим в соответствии с Законом о международном коммерческом арбитраже 1994 г. и внутренним регламентом. Разбирательство перед арбитражным судом было схоже с тем, которое имеет место перед обычным государственным гражданским или коммерческим судом и было предусмотрено положение о возможности подачи ходатайств в Апелляционный суд города Киева (как это было применимо в рассматриваемое время), который мог пересмотреть третейское решение по основаниям, указанным в Законе об арбитраже 1994 г.».*

5.3. Соответственно, коль скоро под «судом, созданным на основании закона» по смыслу п. 1 ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод может пониматься третейский суд, то понятием «суд» в п. 1 ст. 11 ГК РФ третейский суд охватываться также может.

5.4. При это важно понимать, что такое расширительное толкование понятия «суд», данное ЕСПЧ, является особым юридико-техническим приемом, направленным на признание допустимости рассмотрения различных споров в третейском порядке, а не только в государственных судах, для цели обеспечения соблюдения баланса частных и

публичных интересов. Само собой разумеется, что такое толкование не может означать отождествление применительно к другим случаям государственных судов и третейских судов или же автоматическое распространение на третейские суды тех правовых позиций, которые выработал ЕСПЧ в отношении государственных судов.

6. ВОПРОС ОБ АРБИТРАБИЛЬНОСТИ СПОРОВ С НАЛИЧИЕМ ПУБЛИЧНЫХ ЭЛЕМЕНТОВ ИЛИ ЗАТРАГИВАЮЩИХ ИНТЕРЕСЫ ТРЕТЬИХ ЛИЦ, В ПРАКТИКЕ ЕСПЧ

6.1. Во многих европейских странах определенные категории споров с наличием публичных элементов или затрагивающих интересы третьих лиц могут рассматриваться третейскими судами, то есть являются арбитрабельными (см. также прилагаемую «Справку об арбитрабельности споров с наличием публичных элементов или затрагивающих интересы третьих лиц, в праве некоторых государств (комментарий к Справке Президиума ВАС РФ)»).

ЕСПЧ неоднократно подтверждал, что рассмотрение таких споров третейским судом соответствует ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод и не является нарушением последней:

6.1. Национализация, корпоративный характер спора, обязательный арбитраж.

В постановлении от 8 июля 1986 г. по делу *Lithgow* и другие против Великобритании (заявления №№ 9006/80; 9262/81; 9263/81; 9265/81; 9266/81; 9313/81; 9405/81) ЕСПЧ рассматривал вопрос о соразмерности и дискриминационном характере компенсаций, которые получили заявители-акционеры при национализации компаний путем выкупа акций, принадлежащих заявителям, причем подлежащая выплате сумма компенсаций устанавливалась обязательным третейским судом, определенным в Законе об авиационной и судостроительной промышленности 1977 г.

В этом деле ЕСПЧ не усмотрел нарушений положений ЕКПЧ (п.п. 196, 201). Из постановления данного суда следует тот вывод, что спора даже по поводу национализации, то есть споры с явным наличием публичных элементов и одновременно затрагивающие интересы большого круга третьих лиц, причем в сфере корпоративного права, могут рассматриваться не в государственном суде, а именно в третейском порядке, причем имеющим для сторон спора обязательный характер. Это позволяет сделать вывод о принципиальной арбитрабельности подобных споров с точки зрения.

6.2. Арбитрабельность споров между ассоциацией и ее членами по поводу убытков, причиненных принятыми ассоциацией правилами.

В деле *Jon Axelsson* и другие против Швеции (заявление № 11960/86) заявители считали, что арбитражная оговорка в условиях членства в ассоциации таксистов не применима в отношении споров между ассоциацией и ее членами по поводу убытков, причиненных принятыми ассоциацией решениями, и что заявители были лишены возможности рассмотрения их дел законным судом. ЕСПЧ не нашел нарушений Конвенции и признал жалобу неприемлемой как явно необоснованную, при этом прямо указав в постановлении от 13 июля 1990 г.: *«В большинстве Договаривающихся Стран право на доступ к суду ограничено или предоставляется при специальных условиях в отношении несовершеннолетних, сутяжников, лиц с психическими расстройствами, лиц, объявленных несостоятельными и, как в данном случае, лиц, которые связаны арбитражным соглашением. Такое регулирование не является в принципе противоречащим статье 6 Конвенции, когда преследуемая цель законна и используемые средства достижения этой цели соразмерны».*

С точки зрения ЕСПЧ третейское разбирательство таких споров, являющихся по своему характеру корпоративными и затрагивающим права третьих лиц, являлось допустимым.

6.3. Корпоративные споры, в том числе по поводу состава органов управления компании.

В постановлении от 23 февраля 1999 г. по делу *Osmo Suovaniemi* и другие против Финляндии (заявление № 31737/96) заявители жаловались на действия Финляндии, суды которой отказались отменять третейское решение по корпоративному спору из акционерного соглашения, предусматривавшему, среди прочего, особый порядок определения состава органов управления компании одним из ее участников (по мнению Президиума ВАС РФ такие дела *«практически по всех случаях затрагивают права третьих лиц»* (стр. 5 Дополнения)). ЕСПЧ, не установив нарушения ст. 6 Конвенции, признал жалобу на неприемлемой. Никаких сомнений по поводу арбитрабельности дела у ЕСПЧ не возникло.

6.4. Концессионные соглашения, недвижимое имущество (речные суда).

Еще одним примером арбитрабельности спора с наличием публичных элементов и отчасти затрагивающего интересы третьих лиц, является дело *«Transado-Transportes Fluviais Do Sado, S.A.»* против Португалии (заявление № 35943/02), в котором ЕСПЧ рассматривал вопрос о том, был ли надлежащим образом разрешен спор, вытекающий из концессионного соглашения заявителя с портовыми властями, по которому компания-заявитель не получила вознаграждения. Концессионное соглашение касалось эксплуатации недвижимого с точки зрения российского права имущества (речных судов) для перевозки пассажиров. Несмотря на публичные элементы в таком концессионном соглашении (портовые власти не могли не действовать, в том числе, в публичном интересе) и, несмотря на то, что спор был отчасти связан с недвижимым имуществом (хотя и касался прежде всего выплаты вознаграждения по соглашению), такой спор был рассмотрен третейским судом согласно содержащейся в концессионном соглашении арбитражной оговорке. ЕСПЧ, признав жалобу неприемлемой, не усмотрел в отношении заявителя нарушений положений Конвенции, тем самым подтвердив, что сама по себе арбитрабельность споров с наличием публичных элементов (концессионные соглашения) или связанных с недвижимым имуществом, не является нарушением положений Конвенции.

6.5. Трудовые споры, обязательный арбитраж.

В деле *Federation of Offshore Workers' Trade Unions and Others»* против Норвегии (заявление № 38190/97) ЕСПЧ рассматривал вопрос о возможном нарушении Норвегией Конвенции посредством установления обязательного арбитража для разрешения крупного трудового спора. Тем не менее, ЕСПЧ в своем постановлении от 27 июня 2002 г. признал жалобу неприемлемой как явно необоснованную в связи с тем, что государством-ответчиком был соблюден разумный баланс между вмешательством государства в права заявителей и преследуемыми государством законными целями, тем самым подтвердив арбитрабельность даже такой категории споров, как крупные трудовые споры, напрямую затрагивающую большое количество третьих лиц и характеризующуюся наличием публичных элементов. Кроме того, ЕСПЧ еще раз фактически подтвердил законность установления законом обязательного арбитража для ряда споров.

7. ВОПРОС О КОНСТИТУЦИОННОСТИ П. 1 СТ. 11 ГК РФ САМОЙ ПО СЕБЕ В СИСТЕМЕ ДЕЙСТВУЮЩЕГО ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

7.1. МКАС также полагает, что безотносительно к Конвенции о защите прав человека и основных свобод в вопросе о соответствии п. 1 ст. 11 ГК РФ Конституции РФ какая-либо неопределенность отсутствует, в том числе в свете юридических аспектов, обозначенных в Запросе Президиума ВАС РФ и Дополнении к нему.

Действительно, в п. 1 ст. 11 ГК РФ указывается: *«Защиту нарушенных или оспоренных гражданских прав осуществляет в соответствии с подведомственностью*

дел, установленной процессуальным законодательством, суд, арбитражный суд или третейский суд (далее — суд)». Обобщенное понятие «суд» используется в данном положении в качестве особого юридико-технического приема для обозначения как государственных судов, так и тех правоприменительных органов, которые оказываются задействованными при третейском разбирательстве (в русском юридическом языке их традиционно именуют третейскими судами).

Аналогичный прием используется в ст. 3 Соглашения о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности (Киев, 20 марта 1992 г.), действующем и для России: *«Хозяйствующие субъекты каждого государства-участника Содружества Независимых Государств имеют на территории других государств-участников Содружества Независимых Государств право беспрепятственно обращаться в суды, арбитражные (хозяйственные) суды, третейские суды и другие органы, к компетенции которых относится разрешение дел, указанных в статье 1 настоящего Соглашения /в дальнейшем — компетентные суды/, могут выступать в них, возбуждать ходатайства, предъявлять иски и осуществлять иные процессуальные действия».*

Однако подобное использование данного обобщенного понятия в п. 1 ст. 11 ГК РФ не может обуславливать конституционно-значимую «дефектность» п. 1 ст. 11 ГК РФ.

7.2. Во-первых, использование понятия «суд» в словосочетании *«третейский суд»* является устоявшимся в русском языке обычаем, насчитывающим многие века. Как известно, это понятие широко использовалось в отечественном праве до 1917 г. Оно употреблялось в советском праве с 1917 г. по 1991 г. После 1991 г. его постоянно использовали и используют органы государственной власти России, включая КС РФ, Верховный Суд РФ, федерального законодателя и органы исполнительной власти, а также муниципальной власти. Его постоянно использовал и использует сам ВАС РФ.

Возможно, в свете наличия государственных органов, которые также именуются *«судами»*, это может создавать для лиц, в праве неискушенных (Президиум ВАС к числу таких не относится), определенные сложности и неясности. Однако равным образом аналогичные сложности и неясности создают устоявшиеся на протяжении веков понятия *«гражданское право»* (изначально право только для граждан Древнего Рима), *«международное частное право»* (которое, как известно, не является международным по своему охвату и не всегда является частным по природе своих норм).

Примеры можно умножать¹⁰, однако лингвистические особенности юридического языка не могут отменять необходимости того, что конституционно-значимое толкование понятий должно осуществляться исходя не из рисков обыденного их восприятия, а именно что с позиций строгого права.

Однако такое толкование понятия *«третейский суд»* со стороны КС РФ давно уже дано с исчерпывающей очевидностью: *«Между тем ни Конституция Российской Федерации, ни Федеральный конституционный закон от 31 декабря 1996 года «О судебной системе Российской Федерации» не относят третейские суды... к судебной системе»* (определение КС РФ от 13 апреля 2000 г. № 45-О «Об отказе в принятии к рассмотрению обращения Независимого арбитражного (третейского) суда при Торгово-промышленной палате Ставропольского края о проверке конституционности статьи 333 Гражданского кодекса Российской Федерации»); *«поскольку третейское разбирательство является одной из альтернативных форм защиты гражданских прав, третейский суд не относится к органам осуществления правосудия (статья 118 Конституции Российской Федерации)»* (определение КС РФ от 4 июня 2007 г. № 377-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы граждан Алтухова Александра Павловича,

¹⁰ В 1812 г. поднятые декабристами на восстание простые солдаты могли повторять лозунг «Мы идем за Константина и за жену его Конституцию», не понимая смысла понятия «конституция». Однако такое обыденное правопонимание еще не повод требовать юридического истолкования понятия «конституция».

Алтуховой Галины Федоровны и других на нарушение их конституционных прав частью 1 статьи 4, статьей 42 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации и абзацем шестым пункта 1 статьи 17 Федерального закона "О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним»).

Согласно ст. 79 ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» *«Решение Конституционного Суда Российской Федерации окончательно, не подлежит обжалованию и вступает в силу немедленно после его провозглашения.*

Решение Конституционного Суда Российской Федерации действует непосредственно и не требует подтверждения другими органами и должностными лицами. Юридическая сила постановления Конституционного Суда Российской Федерации о признании акта неконституционным не может быть преодолена повторным принятием этого же акта.

Акты или их отдельные положения, признанные неконституционными, утрачивают силу; признанные не соответствующими Конституции Российской Федерации не вступившие в силу международные договоры Российской Федерации не подлежат введению в действие и применению. Решения судов и иных органов, основанные на актах, признанных неконституционными, не подлежат исполнению и должны быть пересмотрены в установленных федеральным законом случаях» (в редакции на момент обращения Президиума ВАС РФ с Запросом в КС РФ). При этом акт КС РФ имеет обязательный характер не только применительно к резолютивной, но также и к мотивировочной его части.

Ввиду этого позиция Президиума ВАС в его Запросе в КС РФ, — состоящая в том, что п. 1 ст. 11 ГК РФ содержит широкое понятие «суд», применяя его как к государственным судам, включенным Конституцией РФ в судебную систему России, так и к третейским судам и что поскольку в нем не делается различия между государственными судами и третейскими судами, то в итоге это положение позволяет отождествлять третейские суды с государственными судами и наделять третейские суды в связи с этим правом разрешения споров, касающихся недвижимого имущества, с публичным интересом, в результате чего возникающая неопределенность приводит к противоречивой правоприменительной практике, нарушая интересы широкого круга участников гражданского оборота, а также публичные интересы, — полностью игнорирует юридическое значение уже состоявшихся указанных выше актов КС РФ, в которых было дано истолкование понятия «*третейский суд*».

Позиция Президиума ВАС в его Запросе в КС РФ фактически отрицает юридическую силу таких актов КС РФ. ВАС РФ, наделенный полномочиями доносить до всех государственных судов конституционно-значимое истолкование понятия «*третейский суд*» (данное КС РФ), отказывается это делать и требует от КС РФ при помощи своего Запроса еще раз дать то толкование понятия «*третейский суд*», которое и так уже было дано КС РФ. Иными словами, ВАС РФ своим Запросом и Дополнением к нему пытается возложить исполнение на КС РФ несвойственных последнему обязанностей.

7.3. Итак, с позиций конституционно-значимого толкования понятие «*третейский суд*» не может создавать никакой неопределенности и неясности.

Соответственно, **во-вторых**, его использование в усеченном виде («суд», а не «*третейский суд*») в той мере, в какой является очевидным, что речь идет именно о третейском суде, также не может создавать никаких конституционно-значимой неопределенности и неясности.

7.4. В-третьих, имеется еще одно объяснение (имеющее, в том числе, конституционно-значимое обоснование) того, почему обобщенное понятие «суд» используется в п. 1 ст. 11 ГК РФ в качестве особого юридико-технического приема для обозначения как государственных судов, так и тех правоприменительных органов, которые в русском юридическом языке традиционно именуется третейскими судами.

КС РФ в определении от 1 июня 2010 г. № 754-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы общества с ограниченной ответственностью «Газпром экспорт» на нарушение конституционных прав и свобод статьей 40 Федерального закона «О третейских судах в Российской Федерации», пунктом 1 части 1 статьи 150 и частью 1 статьи 230 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации» указал: *«Между тем в гражданских правоотношениях, основанных на равенстве участников, свободе договора, недопустимости произвольного вмешательства кого-либо в частные дела, свободном установлении своих прав и обязанностей на основе договора, действуют диспозитивные начала. Принцип диспозитивности распространяется и на процессуальные отношения, связанные с рассмотрением в судах в порядке гражданского судопроизводства споров, вытекающих из осуществления организациями и гражданами предпринимательской и иной экономической деятельности (постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 14 февраля 2002 года № 4-П, от 23 января 2007 года № 1-П, от 5 февраля 2007 года № 2-П и др.)».*

В постановлении от 16 июля 2004 г. № 15-П КС РФ указал: *«Природой прав, возникающих из гражданских правоотношений, материальных по своей сути, обусловлено диспозитивное начало гражданского судопроизводства, в том числе в арбитражных судах... Принцип диспозитивности в совокупности с другими принципами арбитражного процесса, в том числе равенством всех перед законом и судом, состязательностью и равноправием сторон, выражает цели правосудия по делам, отнесенным к компетенции арбитражных судов, прежде всего конституционную цель защиты прав и свобод человека и гражданина (статья 2; статья 17, часть 1; статья 18 Конституции Российской Федерации)».*

Между тем принцип диспозитивности ничуть не в меньшей степени распространяется и на процессуальные отношения, связанные с рассмотрением споров в самих третейских судах, тем более, что в их основе, как следует опять-таки из определения КС РФ от 1 июня 2010 г. № 754-О-О, *«лежит гражданско-правовой договор».*

А поскольку гражданские правоотношения, в которых действуют диспозитивные начала, детерминируют, как определил КС РФ, распространение принципа диспозитивности и на процессуальные отношения, причем как при разбирательстве в государственных судах, так и тем более в третейском разбирательстве, то с точки зрения гражданских правоотношений в свете диспозитивных начал по общему правилу не имеет значения, где будет рассматриваться спор: в порядке государственного судопроизводства или же в третейском порядке. Этот вывод также подтверждается следующим указанием в определении КС РФ от 20 февраля 2002 г. № 54-О: *«Ограничение компетенции судов общей юрисдикции при рассмотрении ходатайств об отмене решений МКАС представляет собой, таким образом, необходимую гарантию реализации сторонами права на свободу договора и осуществления ими права на судебную защиту в той процессуальной форме, которая была ими добровольно избрана...».*

Именно поэтому в п. 1 ст. 11 ГК среди прочего и используется обобщенное понятие «суд» для обозначения как государственных судов, так и тех правоприменительных органов, которые оказываются задействованными при третейском разбирательстве.

Как уже ясно из сказанного выше это делается в качестве особого юридико-технического приема именно в свете природы гражданских правоотношений, в которых действуют диспозитивные начала. Иными словами, такое использование обобщенного понятия «суд» детерминируется именно спецификой предмета регулирования в ГК РФ, который обуславливает необходимость особого подхода к указанным отношениям со стороны федерального законодателя в целях защиты конституционно-значимых ценностей (в том числе указываемых Президиумом ВАС РФ в его Запросе), соблюдения конституционных критериев необходимости, соразмерности и пропорциональности в

нормативном регулировании, а также обеспечения баланса между частными и публичными интересами¹¹.

Такое понятие используется именно в рамках ГК РФ и именно для целей ГК РФ. Во многих положениях ГК РФ предусмотрен **судебный** порядок осуществления различных действий. По смыслу этих норм имеется в виду обращение как в государственный суд, так и в третейский суд. Если истолковывать понятие «суд» в п. 1 ст. 11 ГК РФ как подразумевающий только государственный суд, то окажется, что в третейском порядке не могут быть рассмотрены, например, даже требования о расторжении обычного гражданско-правового договора.

При этом следует особо подчеркнуть, что при формулировании п. 1 ст. 11 ГК РФ федеральный законодатель исходил из необходимости обеспечения баланса между частными и публичными интересами. Об этом свидетельствуют следующие его положения:

Во-первых, согласно ч. 1 ст. 118 Конституции РФ «*Правосудие в Российской Федерации осуществляется только судом*». Между тем в п. 1 ст. 11 ГК РФ говорится не о том, что третейский суд осуществляет правосудие, а только о том, что осуществляет «защиту нарушенных или оспоренных гражданских прав». **Ставить знак равенства между осуществлением правосудия и именно защитой именно гражданских прав невозможно.** Соответственно, п. 1 ст. 11 ГК РФ по своему содержанию никак не нарушает баланс частных и публичных интересов.

Во-вторых, в нем содержатся слова «*в соответствии с подведомственностью дел, установленной процессуальным законодательством*». Учитывая то, что под «*процессуальным законодательством*» следует скорее понимать публично-процессуальное регулирование, можно утверждать, что в целях сбалансированности частных и публичных интересов, учитывая особую *pro*-частую природу такого важнейшего для российского общества, экономики и государства нормативного акта, как ГК РФ, законодатель намеренно сделал указание на такое *pro*-публичное «*процессуальное законодательство*».

Между тем, как известно, ч. 6 ст. 4 «Право на обращение в арбитражный суд» АПК РФ устанавливает: «*По соглашению сторон подведомственный арбитражному суду спор, возникающий из гражданских правоотношений, до принятия арбитражным судом первой инстанции судебного акта, которым заканчивается рассмотрение дела по существу, может быть передан сторонами на рассмотрение третейского суда, если иное не установлено федеральным законом*» (выделено нами).

7.5. Пункт 1 ст. 11 ГК РФ в системной связи с иными положениями АПК РФ необходимо охарактеризовать как комплексный механизм определения категорий споров, которые могут или не могут быть переданы на рассмотрение третейских судов.

Составными частями данного механизма являются, например, следующие:

1) Как видно, федеральным законом могут быть определены споры, передача которых в третейский суд невозможна. В частности, таким законом является Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)», п. 3 ст. 33 которого гласит: «*Дело о банкротстве не может быть передано на рассмотрение в третейский суд*» (хотя, как известно, отношения по банкротству в свете ГК РФ являются гражданско-правовыми).

¹¹ На необходимость использования законодателем указанных критериев КС РФ указывал неоднократно (см., например, постановление от 13 июля 2010 г. № 16-П). «*Как неоднократно указывал Конституционный Суд Российской Федерации в своих решениях, при регулировании общественных отношений федеральный законодатель связан конституционным принципом соразмерности и вытекающими из него требованиями адекватности и пропорциональности используемых правовых средств*» (определение от 17 декабря 2008 г. № 1055-О-П).

2) Более того, само указание в ч. 6 указанной ст. 4 АПК РФ на «спор, возникающий из гражданских правоотношений», автоматически исключает возможность передачи в третейский суд споров из отношений, вытекающих, например:

а) из имущественных отношений, основанных «на административном или ином властном подчинении одной стороны другой» (в том числе налоговых и других финансовых и административных отношений (п. 3 ст. 2 ГК РФ));

б) из соответствующих семейных отношений, к которым, как известно, гражданское законодательство применяется постольку, поскольку это не противоречит существу семейных отношений (ст. 4 Семейного кодекса РФ);

в) из трудовых отношений. При этом следует отметить, что ст. 404 Трудового кодекса РФ предусматривает рассмотрение коллективного трудового спора в трудовом арбитраже, решение которого является обязательным для соответствующих лиц, ввиду чего допустимо говорить о возможности рассмотрения таких трудовых споров не в государственных судах, а в порядке, аналогичном тому, который установлен ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации»;

г) из жилищных отношений в той их части, которые не регулируются гражданским законодательством (ст. 7 Жилищного кодекса РФ).

3) ч. 3 ст. 3 АПК РФ, указывающая на необходимость изъятий из возможности для сторон передать спор в третейский суд, если такая необходимость установлена международным договором России («Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила судопроизводства, чем те, которые предусмотрены законодательством Российской Федерации о судопроизводстве в арбитражных судах, применяются правила международного договора»).

Еще одним крайне важным элементом комплексного механизма определения категорий споров, которые могут или не могут быть переданы на рассмотрение третейских судов, являются соответствующие положения АПК РФ об отмене или исполнении решений третейских судов (глава 30 «Производство по делам об оспаривании решений третейских судов и о выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение решений третейских судов»). Как известно, такая отмена или исполнение осуществляются компетентным государственным арбитражным судом, который наделен полномочиями отменять третейское решение или отказывать в его исполнении, если установит, что спор не может быть предметом третейского разбирательства в соответствии с федеральным законом¹².

Между тем Президиум ВАС РФ не учитывает системной связи п. 1 ст. 11 ГК РФ с требованиями иных федеральных законов.

7.6. Необходимость установления в *pro*-частом п. 1 ст. 11 ГК РФ в его системной связи с *pro*-публичным «процессуальным законодательством» такого комплексного механизма определения категорий споров, которые могут или не могут быть переданы на рассмотрение третейских судов, обусловлена сложной правовой природой института третейского разбирательства.

Как известно, он является не просто комплексным правовым явлением (так, для его объяснения выдвигались различные теории: договорная, процессуальная, *sui generis*), но и межотраслевым функциональным институтом, локализованным на стыке гражданско-правовой, а также публично-процессуальной (в государственных арбитражных судах) и частно-процессуальной (в третейском разбирательстве) сфер.

Данная характеристика института третейского разбирательства (его локализация на стыке трех сфер) была отмечена совсем недавно в определении КС РФ от 1 июня 2010 г. № 754-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы общества с ограниченной ответственностью «Газпром экспорт» на нарушение конституционных прав и свобод статьей 40 Федерального закона «О третейских судах в Российской Федерации», пунктом

¹² Положения, аналогичные указанным нормам АПК РФ, содержатся, как известно, и в ГПК РФ.

1 части 1 статьи 150 и частью 1 статьи 230 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации». КС РФ указал в нем: *«Между тем в гражданских правоотношениях, основанных на равенстве участников, свободе договора, недопустимости произвольного вмешательства кого-либо в частные дела, свободном установлении своих прав и обязанностей на основе договора, действуют диспозитивные начала. ... Применительно к производству в арбитражном суде диспозитивность означает, что арбитражные процессуальные отношения возникают, изменяются и прекращаются главным образом по инициативе непосредственных участников спорных материальных правоотношений, которые имеют возможность с помощью суда распоряжаться процессуальными правами и спорным материальным правом. Данное правило распространяется и на процессуальные отношения, возникающие в связи с оспариванием решений третейских судов. В деле с участием заявителя в основе этих процессуальных отношений лежит гражданско-правовой договор... Предусмотренный федеральным законом порядок третейского разрешения спора, возникшего из гражданских правоотношений, в том числе с признанием по соглашению сторон окончательности третейского решения, не противоречит указанным требованиям [обеспечения согласно ст. 46 Конституции РФ права на судебную защиту]...».*

Именно поэтому отсутствие в ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» исчерпывающего перечня споров, которые могут или не могут быть переданы на рассмотрение третейского суда свидетельствует не о конституционно-значимой «дефектности» такого ФЗ, а, напротив, о стремлении федерального законодателя добиться в целях защиты конституционно-значимых ценностей, соблюдения конституционных критериев необходимости, соразмерности и пропорциональности в нормативном регулировании, а также обеспечения баланса между частными и публичными интересами, соответствующей гибкости нормативного регулирования.

КС РФ в постановлении от 14 июля 2005 г. № 9-П «По делу о проверке конституционности положений статьи 113 Налогового кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданки Г.А. Поляковой и запросом Федерального арбитражного суда Московского округа» отмечал важность такой гибкости применительно к соотношению административной юрисдикции и праву на судебную защиту: *«Статья 6 (Право на справедливое судебное разбирательство) Конвенции о защите прав человека и основных свобод в ее истолковании Европейским Судом по правам человека также не исключает возможность предварительного участия административных органов в осуществлении юрисдикционной функции «в связи с требованиями гибкости и эффективности, вполне совместимыми с защитой прав человека, что отвечает правовой традиции многих стран-членов Совета Европы» (постановление от 23 июня 1981 года по делу «Ле Конт, Ван Левей и Де Мейер» (Le Compte, Van Leuven and De Meyere));».*

Из этого следует необходимость достижения соответствующей гибкости нормативного регулирования для обеспечения баланса между частными и публичными интересами также и в вопросе законодательного регулирования применительно к соотношению гарантируемого Конституцией РФ права на обращение в государственный суд и правом прибегнуть к третейскому разбирательству.

Пункт 1 ст. 11 ГК РФ такую гибкость и баланс между частными и публичными интересами за счет комплексного механизма, установленного в нем федеральным законодателем, обеспечивает.

7.7. Является очевидным, что применительно к вопросам об арбитрабельности споров, которые поставлены Президиумом ВАС РФ в Запросе, сущность проблемы заключается вовсе не в том, можно ли называть третейские институты судами, а в том, каково место этих органов в российском правоприменительном механизме и каковы их юридические полномочия в сравнении с полномочиями государственных судов.

Исчерпывающий ответ на вопрос о соотношении третейских судов с судебной системой России уже был дан КС РФ.

Что же касается вопроса о юридических полномочиях третейских судов в сравнении с полномочиями государственных судов, т.е. в том числе вопроса об арбитрабельности определенных категорий споров, то ответ на него должен даваться отнюдь не в п. 1 ст. 11 ГК РФ, а в иных федеральных законах, включая соответствующее процессуальное регулирование.

П. 1 ст. 11 ГК РФ прямо закрепляет такую возможность, говоря о *«подведомственности дел, установленной процессуальным законодательством»*.

7.8. Следует отдельно подчеркнуть, что в двух вышеупомянутых конкретных делах, в связи с которыми Президиум ВАС РФ обратился в КС РФ, решения третейских судов были проверены государственным судом в ходе процедуры выдачи исполнительного листа на их приведение в исполнение. Эта процедура, как уже говорилось, выступает в системной связи с иными нормами законов частью комплексного механизма определения категорий споров, которые могут или не могут быть переданы на рассмотрение третейских судов.

Но более того, она также является правовым средством, гарантирующим конституционное право на судебную защиту, крайне важным инструментом обеспечения защиты конституционных ценностей, а также баланса частных и публичных интересов, в тех случаях, когда рассмотрение гражданско-правовых споров осуществляется в третейских судах.

КС РФ в определении от 1 июня 2010 г. № 754-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы общества с ограниченной ответственностью «Газпром экспорт» на нарушение конституционных прав и свобод статьей 40 Федерального закона «О третейских судах в Российской Федерации», пунктом 1 части 1 статьи 150 и частью 1 статьи 230 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации» указал (подчеркнуто нами): *«Из гарантированного статьей 46 Конституции Российской Федерации права на судебную защиту следует, что каждое заинтересованное лицо вправе обратиться в суд как орган государственной (судебной) власти за защитой своих нарушенных прав, а потому в соответствии с процессуальным законодательством отказ от права на обращение в суд недействителен (статья 4 АПК Российской Федерации). Предусмотренный федеральным законом порядок третейского разрешения спора, возникшего из гражданских правоотношений, в том числе с признанием по соглашению сторон окончательности третейского решения, не противоречит указанным требованиям, поскольку не лишает заинтересованное лицо права воспользоваться средствами судебного контроля в производстве о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда (статьи 236-240 АПК Российской Федерации). Как и в производстве об оспаривании решений третейских судов, арбитражный суд при рассмотрении заявления о выдаче исполнительного листа обязан проверить правомерность решения третейского суда»*.

Соответственно, право обратиться к указанным процедурам в государственном суде обеспечивает необходимый баланс частных и публичных интересов вообще в тех случаях, когда рассмотрение гражданско-правовых споров осуществляется в третейских судах, а также обеспечило его в двух вышеупомянутых конкретных делах, в связи с которыми Президиум ВАС РФ обратился в КС РФ.

7.9. Нельзя не отметить и определенную непоследовательность в аргументации Президиума ВАС РФ, представленной для рассмотрения КС РФ, а также в том подходе ВАС РФ к п. 1 ст. 11 ГК РФ, который используется им в Запросе и который демонстрировался им ранее:

1) В «Справке по вопросу о разграничении природы государственного правосудия и третейского разбирательства и о правовом регулировании юрисдикции в отношении споров о недвижимом имуществе», представленной Президиумом ВАС РФ в КС РФ, имеется ссылка на Соглашение о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности (Киев, 20 марта 1992 г.), действующее и для

России. Эта ссылка сделана для того, чтобы подтвердить основную идею такой Справки: неарбитрабельность споров в связи с недвижимостью. Однако Президиум ВАС РФ не учитывает, что в ст. 3 данного Соглашения также используется общее понятие «компетентный суд» применительно к государственным и третейским судам (см. выше п. 7.1).

2) с одной стороны, Президиум ВАС РФ постоянно делает акцент на том смысле понятия «суд», которое имеется у него в Конституции РФ, подчеркивая в Запросе свою осведомленность о смысле такого понятия. С другой стороны, Президиум ВАС РФ постоянно ссылается на то, что благодаря в п. 1 ст. 11 ГК РФ это понятие является неопределенным.

На самом деле Президиум ВАС РФ игнорирует то обстоятельство, что те понятия, которые в Конституции РФ могут иметь одно наполнение, могут получить иной смысл в другом нормативном акте, если того требует специфика регулируемых данным актом отношений.

Президиум ВАС РФ делает чрезмерный акцент на конституционном смысле понятия «суд», недооценивая необходимость в придании ему особого смысла в гражданском праве.

3) Общеизвестно и то, что ГК РФ разрабатывался при непосредственном участии и по согласованию с ВАС РФ. При этом у ВАС РФ формулировка п. 1 ст. 11 ГК РФ не вызывала возражений.

4) Также общеизвестно, что в 2010 г. был разработан проект изменений в ГК РФ. Он был подготовлен на основании Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации, одобренной 7 октября 2009 г. Советом по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства и разработанной на основании Указа Президента РФ от 18 июля 2008 г. № 1108 «О совершенствовании Гражданского кодекса Российской Федерации».

Из семи рабочих групп три возглавляли судьи ВАС: А.А. Иванов (Председатель ВАС РФ), В.В. Витрянский (зам. Председателя ВАС РФ) и С.В. Сарбаш. В состав рабочих групп входили многие судьи и сотрудники ВАС.

В ходе обсуждения проекта вопрос о неконституционности п. 1 ст. 11 никогда не вставал и в итоговом тексте проекта этот пункт остался неизменным¹³, хотя работа над проектом велась судьями ВАС РФ уже после того, как Президиум ВАС РФ обратился в КС РФ с Запросом.

5) Можно также заметить, что если следовать тому чрезмерному акценту на обыденно-лингвистическом понимании понятия «суд» в п. 1 ст. 11 ГК РФ, который делается в Запросе Президиума ВАС РФ, а не на конституционно-значимом наполнении данного понятия, уже выявленного КС РФ (см. выше п. 7.2), то тогда нужно еще подвергнуть критике и то юридическое словоупотребление, какое имеет место в иностранных государствах. Как известно, в Париже при Международной торговой палате существует специальный третейский суд: Международный арбитражный суд (**International Court of Arbitration**). В Лондоне еще с XIX в. функционирует третейский институт, который сегодня известен как Лондонский международный арбитражный суд (**London Court of International Arbitration**).

6) Если следовать указанному подходу Президиума ВАС РФ, то можно задаться и вопросом о том, допустимо ли с конституционной точки зрения называть договорами частноправовые соглашения, учитывая существование института международных договоров.

7) Наконец, если учитывать то, что третейские суды в иностранных государствах часто называют «*arbitral tribunals*», то следование подходу Президиума ВАС РФ может поставить на повестку дня вопрос о том, а не создает ли такое словоупотребление

¹³ www.privlaw.ru/index.php?news_year=2010.

отождествления третейских судов с соответствующими военными трибуналами или трибуналами, образованными на основании положений международного публичного права.

7.10. Ввиду всех отмеченных выше моментов мнение Президиума ВАС РФ, — состоящее в том, что п. 1 ст. 11 ГК РФ содержит широкое понятие «суд», применяя его как к государственным судам, включенным Конституцией РФ в судебную систему России, так и к третейским судам и что поскольку в нем не делается различия между государственными судами и третейскими судами, то в итоге это положение позволяет отождествлять третейские суды с государственными судами и наделять третейские суды в связи с этим правом разрешения споров с серьезным публичным интересом, в результате чего возникающая неопределенность приводит к противоречивой правоприменительной практике, нарушая интересы широкого круга участников гражданского оборота, а также публичные интересы, — является по конституционно-правовому смыслу п. 1 ст. 11 ГК РФ в системе действующего правового регулирования и в ее системной связи с иными положениями федеральных законов, включая АПК РФ, полностью несостоятельным.

7.11. Ввиду сказанного МКАС полагает, что п. 1 ст. 11 ГК РФ — с учетом правовых позиций КС РФ — по своему конституционно-правовому смыслу в системе действующего правового регулирования отвечает конституционным критериям необходимости, соразмерности и пропорциональности в нормативном регулировании, обеспечивающим баланс между частными и публичными интересами, а также необходимости в соответствующей гибкости нормативного регулирования.

Применение п. 1 ст. 11 ГК РФ **в системной связи с требованиями иных федеральных законов**, не делает возможным вывод о включении третейских судов в судебную систему России и сам по себе не обуславливает возможность рассмотрения третейскими судами таких споров с важным публичным элементом, которые в силу правовой природы третейского суда им рассматриваться не могут. П. 1 ст. 11 ГК РФ также сам по себе не позволяет отождествлять третейские суды с государственными судами и не наделяет третейские суды в связи с этим правом разрешения споров с соответствующим важным публичным интересом, в результате чего не имеет места такая неопределенность, которая может сама по себе привести к противоречивой правоприменительной практике, нарушая интересы широкого круга участников гражданского оборота, а также публичные интересы.

Соответственно, п. 1 ст. 11 ГК РФ сам по себе не создает неопределенность в вопросе о его соответствии Конституции РФ.

7.12. При этом МКАС полагает, что сказанное выше не исключает возможности дальнейшего совершенствования п. 1 ст. 11 ГК РФ в его системной связи с требованиями иных федеральных законов для обеспечения еще большей гибкости нормативного регулирования и лучшего баланса между частными и публичными интересами.

Соответственно, не исключается правомочие федерального законодателя внести изменения в конкретные законы с целью определения категорий споров, вытекающих из гражданских правоотношений, которые могут быть переданы на рассмотрение третейских судов или же которые не могут передаваться на такое рассмотрение, поскольку имеют публично-правовую составляющую, а также установить особенности такого определения.

В связи со сказанным нельзя не отметить, что ВАС РФ обладает правом законодательной инициативы, которая может способствовать федеральному законодателю в достижении указанной цели.

7.13. МКАС также обращает внимание на правовую позицию, выраженную в определении КС РФ от 17 июля 2007 г. № 542-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Никитцевой Елены Ивановны на нарушение ее конституционных прав статьями 53 и 54 Жилищного кодекса РСФСР, частью 1 статьи 69 Жилищного кодекса Российской Федерации, статьями 31—40, 1023 Гражданского кодекса Российской Федерации, главами 20 и 21 Семейного кодекса Российской Федерации».

Данная правовая позиция имеет значение и для данного дела. В данном определении указано: *«Как следует из жалобы, по существу, заявительница ставит перед Конституционным Судом Российской Федерации вопрос об устранении имеющихся, по ее мнению, недостатков законодательного регулирования комплексного института опеки и попечительства, указывая на то, что ранее действовавший КоБС РСФСР регулировал отношения опеки и попечительства, в том числе над совершеннолетними подопечными, тогда как Семейный кодекс Российской Федерации регулирует соответствующие отношения только применительно к несовершеннолетним подопечным; ни Жилищный кодекс Российской Федерации, ни Семейный кодекс Российской Федерации не содержат норм, прямо предусматривающих право опекунов на жилую площадь их совершеннолетних подопечных; опекуны совершеннолетних подопечных лишены права на получение льгот, пособий, дотаций и осуществляют свои обязанности безвозмездно.*

Между тем регулирование отношений опеки и попечительства, представляющих собой одну из форм государственной заботы о гражданах, нуждающихся в специальных мерах защиты, равно как их совершенствование, относится к компетенции законодателя. Конституционному Суду Российской Федерации решение этих вопросов неподведомственно в силу статьи 125 Конституции Российской Федерации и статьи 3 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации».

Как представляется, Президиум ВАС РФ придерживается мнения, что в рассматриваемом случае также имеются недостатки законодательного регулирования также комплексного, как уже указывалось, института третейского разбирательства: как считает Президиум ВАС РФ, п. 1 ст. 11 ГК РФ, отождествляя третейские и государственные суды, не позволяет определить исчерпывающий перечень споров, которые могут или не могут быть переданы на рассмотрение третейского суда¹⁴.

Между тем законодательное регулирование вопросов по определению категорий споров, которые могут или не могут быть переданы на рассмотрение третейского суда, представляет собой одну из форм государственной заботы как о конституционном праве как на судебную защиту, так и об обеспечении равенства участников гражданских правоотношений, свободы договора, недопустимости произвольного вмешательства кого-либо в частные дела, свободном установлении своих прав и обязанностей на основе договора (определение КС РФ от 1 июня 2010 г. № 754-О-О), и относится к компетенции законодателя. **КС РФ решение этих вопросов неподведомственно.**

Соответственно ВАС РФ вместо того, чтобы реализовать свои собственные права, своим Запросом и Дополнением к нему пытается возложить исполнение на КС РФ несвойственных последнему обязанностей.

Любые неясности законов в целях дальнейшего совершенствования п. 1 ст. 11 ГК РФ в его системной связи с требованиями иных федеральных законов для обеспечения еще большей гибкости нормативного регулирования и лучшего баланса между частными и публичными интересами, могут быть устранены по инициативе самого ВАС РФ.

¹⁴ Не случайно и то, что, подобно тому, как в упомянутом деле КС РФ заявительница ссылалась на предшествующее регулирование в КоБС РСФСР, так и в данном деле Президиум ВАС неосновательно ссылается на советское регулирование и даже на право Российской Империи (см. «Справку по вопросу о разграничении природы государственного правосудия и третейского разбирательства и о правовом регулировании юрисдикции в отношении споров о недвижимом имуществе», представленную ВАС РФ в КС РФ).

8. ВОПРОС О КОНСТИТУЦИОННОСТИ НОРМ ФЗ «О ТРЕТЕЙСКИХ СУДАХ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ» САМИХ ПО СЕБЕ В СИСТЕМЕ ДЕЙСТВУЮЩЕГО ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

8.1. МКАС также полагает, что в вопросе о соответствии норм ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» Конституции РФ какая-либо неопределенность отсутствует, в том числе в свете юридических аспектов, обозначенных в Запросе Президиума ВАС РФ и Дополнении к нему.

Действительно, в этом ФЗ не содержится четких критериев, позволяющих судам и участникам экономического оборота только на основании этих норм самих по себе установить категории споров, вытекающих из гражданских правоотношений, которые могут или не могут быть такими участниками переданы на рассмотрение третейских судов. Бесспорно и то, что в данном ФЗ не имеется исчерпывающего перечня споров, которые могут или не могут быть переданы на рассмотрение третейского суда.

8.2. Однако аналогично случаю с п. 1 ст. 11 ГК РФ это обусловлено не конституционно-значимой «дефектностью» такого ФЗ, а спецификой регулируемых им отношений, обуславливающих необходимость особого подхода к таким отношениям со стороны федерального законодателя в целях защиты конституционно-значимых ценностей (в том числе указываемых Президиумом ВАС РФ в его Запросе), соблюдения конституционных критериев необходимости, соразмерности и пропорциональности в нормативном регулировании, а также обеспечения баланса между частными и публичными интересами.

Можно утверждать, что федеральный законодатель предусмотрел в ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» **комплексный механизм определения категорий споров, которые могут или не могут быть переданы на рассмотрение третейских судов.**

Учитывая содержание п. 2 ст. 1 «Сфера применения настоящего Федерального закона» данного ФЗ (*«В третейский суд может по соглашению сторон третейского разбирательства (далее также — стороны) передаваться любой спор, вытекающий из гражданских правоотношений, если иное не установлено федеральным законом»*), можно говорить, что составными частями данного механизма являются те же самые, которые присутствуют в ч. 6 ст. 4 «Право на обращение в арбитражный суд» АПК РФ, проанализированной выше (см. выше пункт 7.5).

Можно отдельно упомянуть и о п. 4 ст. 1 ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации», указывающем на необходимость изъятий из возможности для сторон передать спор в третейский суд, если такая необходимость установлена международным договором России.

Более того, положения, содержащиеся в главе VII «Оспаривание решения третейского суда» и главе VIII «Исполнение решения третейского суда» ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» наделяют компетентные государственные суды правом отменять третейские решения, выдавать исполнительные листы на их принудительное исполнение или отказывать в выдаче таких исполнительных листов, в том числе в контексте вопроса об арбитрабельности рассмотренных в третейском суде споров (определения категорий споров, которые могут или не могут быть переданы на рассмотрение третейских судов).

В определении от 21 июня 2000 . № 123-О КС РФ отметил: *«Действующим законодательством, в частности пунктом 1 статьи 11 ГК Российской Федерации, предусмотрено, что защита гражданских прав может осуществляться третейским судом, избранным сторонами на основе добровольного соглашения; если же одна из сторон впоследствии откажется подчиняться его решению, оно может быть реализовано принудительно в порядке исполнительного производства, которому предшествует проверка решения третейского суда в суде общей юрисдикции или в арбитражном суде при выдаче исполнительного листа.*

Заключение третейского соглашения между сторонами само по себе не является обстоятельством, исключающим возможность реализации конституционного права на судебную защиту в суде общей юрисдикции или в арбитражном суде в соответствии с нормами о подведомственности гражданских дел».

Само собой разумеется, что указанный комплексный механизм определения категорий споров, которые могут или не могут быть переданы на рассмотрение третейских судов, закрепленный в ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации», функционирует в его системной связи с положениями АПК РФ об отмене и/или приведении в исполнение/отказе в приведении в исполнение решений третейских судов. Как известно, такая отмена или приведение в исполнение/отказ в приведении в исполнение осуществляются компетентным государственным судом, который наделен полномочиями отменять третейское решение или отказывать в его приведении в исполнение, если установит, что спор не может быть предметом третейского разбирательства в соответствии с федеральным законом.

Наконец, действующие законы в их системной связи позволяют защищать свои права и третьим лицам, даже и не участвовавшим в третейском разбирательстве, что составляет особую гарантию для надлежащего функционирования указанного комплексного механизма определения категорий споров, которые могут или не могут быть переданы на рассмотрение третейских судов. Так, в определении от 18 декабря 2008 г. № 1086-О-П КС РФ пришел к выводу, что *«положение части первой статьи 418 ГПК РФ, в соответствии с которым решение третейского суда, принятое на территории РФ, может быть оспорено сторонами третейского разбирательства путем подачи заявления о его отмене, не предполагает запрет на подачу такого заявления лицами, не являющимися участниками третейского соглашения, если вопрос об их правах и обязанностях разрешен третейским судом».*

8.3. Необходимость установления в ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» указанного такого комплексного механизма определения категорий споров, которые могут или не могут быть переданы на рассмотрение третейских судов обусловлена сложной правовой природой института третейского разбирательства, о которой уже было сказано (см. выше п. 7.6).

8.4. Нельзя не отметить и определенную непоследовательность в позиции Президиума ВАС РФ, представленной для рассмотрения КС РФ.

1) так, Президиум ВАС РФ ссылается на то, что содержание норм ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» создает неопределенность в вопросе об их соответствии Конституции РФ. Между тем умалчивается, что ч. 6 ст. 4 «Право на обращение в арбитражный суд» АПК РФ использует совершенно такой же комплексный механизм, что и указанный ФЗ: *«По соглашению сторон подведомственный арбитражному суду спор, возникающий из гражданских правоотношений, до принятия арбитражным судом первой инстанции судебного акта, которым заканчивается рассмотрение дела по существу, может быть передан сторонами на рассмотрение третейского суда, если иное не установлено федеральным законом»* (выделено нами).

Как известно, АПК РФ разрабатывался именно под руководством ВАС РФ, однако Президиум ВАС РФ вопроса о неконституционности приведенного положения не ставит.

2) К Дополнению Президиум ВАС РФ приложил текст закона Украины «О третейских судах» в качестве, вероятно, иллюстрации того, как следует устанавливать категории споров, вытекающих из гражданских правоотношений, которые могут быть переданы на рассмотрение третейских судов или же которые не могут передаваться на такое рассмотрение, поскольку имеют публично-правовую составляющую.

Однако ВАС РФ, как известно, обладает правом законодательной инициативы. С этой точки зрения для него было бы более последовательным самостоятельно предложить использовать украинские наработки в законотворческом процессе, вместо того, чтобы ориентировать на них КС РФ (особенно в свете сказанного выше в п. 3.1 и в п. 7.12).

3) Общеизвестно и то, что ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» разрабатывался при непосредственном участии и по согласованию с ВАС РФ. При этом у ВАС РФ закрепление в данном ФЗ комплексного механизма определения категорий споров, которые могут или не могут быть переданы на рассмотрение третейских судов, никаких возражений не вызывало.

4) В своем Дополнении к Запросу Президиум ВАС РФ ссылается на опыт Франции и Нидерландов (стр. 4) для иллюстрирования проблемы арбитрабельности споров, которой он в данном деле стремится придать столь серьезную конституционную значимость.

Однако Президиум ВАС РФ не заметил, что такой иностранный опыт базируется на использовании комплексного механизма, аналогичного тому, который закреплен в ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации»: допущение передачи в третейский суд любого спора, по поводу которого или о правах по которому стороны обладают свободой распоряжения, которая, что очевидно, детерминируется, в том числе, законом (= российской комплексной формуле *«любой спор из гражданских правоотношений, если иное не установлено федеральным законом»*).

Можно еще отметить, что в действующем Законе Англии об арбитраже 1996 г. также не содержится категории споров, не подлежащих рассмотрению арбитражем. В соответствии с п. в ст. 1 «Общие положения» такого Закона *«Стороны вправе договориться о том, как разрешаются их споры, с учетом только тех ограничений, которые необходимы в публичном интересе»*.

Закон Швеции «Об арбитраже», вступивший в силу в 1999 г. также, например, использует максимально общий критерий арбитрабельности споров в виде ссылки на возможность заключения сторонами мирового соглашения: *«Споры по вопросам, которые могут быть урегулированы мировым соглашением между сторонами, могут по соглашению сторон передаваться для их разрешения на рассмотрение одного или нескольких арбитров»*.

5) Наконец, во Франции и Нидерландах споры в связи с недвижимостью в принципе являются арбитрабельными как раз в связи с тем, что по поводу них или о правах по ним стороны по общему правилу могут договариваться.

Но разве в соответствии с российским правом стороны гражданских правоотношений по общему правилу не могут договариваться о своих правах в отношении недвижимости (например, по поводу залога)? Само собой, они на это имеют право, из чего следует, что споры из таких правоотношений также являются арбитрабельными.

8.5. Ввиду сказанного МКАС полагает, что подобное правовое регулирование в ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» — с учетом правовых позиций КС РФ — по своему конституционно-правовому смыслу в системе действующего правового регулирования является соблюдающим конституционные критерии необходимости, соразмерности и пропорциональности в нормативном регулировании, обеспечивающим баланс между частными и публичными интересами, а также соответствующей гибкости нормативного регулирования.

Задействование такого регулирования **в системной связи с требованиями иных федеральных законов**, не делает возможным формирование заблуждения о том, что отдельные споры с публичным элементом могут рассматриваться в третейских судах, несмотря на то, что они должны относиться к исключительной компетенции государственного суда или же возникают из отношений, в которых стороны не обладают полной свободой распоряжения, а также не создают неопределенность в вопросе о праве третейских судов рассматривать отдельные категории споров, в частности гражданско-правовые споры с публичным элементом.

Соответственно, оспариваемые Президиумом ВАС РФ положения ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» сами по себе не создают неопределенность в вопросе об их соответствии Конституции РФ.

8.6. МКАС полагает, что сказанное в предыдущем пункте не исключает возможности дальнейшего совершенствования ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» в системной связи с требованиями иных федеральных законов для обеспечения еще большей гибкости нормативного регулирования и лучшего баланса между частными и публичными интересами.

При этом надо иметь в виду, что, например, залог недвижимости осуществляется, как правило, в пользу банков, выдающих кредиты. Лишение банков возможности обращаться в третейские суды может иметь определенные негативные последствия и для развития кредитно-финансовой системы России, т.е. будет противоречить публичным интересам.

Соответственно, не исключается правомочие федерального законодателя внести изменения в конкретные законы с целью определения категорий споров, вытекающих из гражданских правоотношений, которые могут быть переданы на рассмотрение третейских судов или же которые не могут передаваться на такое рассмотрение, поскольку имеют публично-правовую составляющую, а также установить особенности такого определения.

В связи со сказанным нельзя не отметить, что ВАС РФ обладает правом законодательной инициативы, которая может способствовать федеральному законодателю в достижении указанной цели.

В остальном является применимым *mutatis mutandis* сказанное выше в п. 7.11.

9. ВОПРОС О КОНСТИТУЦИОННОСТИ П. 1 СТ. 11 ГК РФ И НОРМ ФЗ «О ТРЕТЕЙСКИХ СУДАХ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ» НЕ САМИХ ПО СЕБЕ, А В ИХ СИСТЕМНОЙ СВЯЗИ ПО ИХ КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВОМУ СМЫСЛУ В СИСТЕМЕ ДЕЙСТВУЮЩЕГО ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

Выше в разделах 7 и 8 были рассмотрены вопросы о конституционности соответственно п. 1 ст. 11 ГК РФ и норм ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» самих по себе.

МКАС полагает, что и в случае анализа конституционности таких положений в их системной связи по их конституционно-правовому смыслу в системе действующего правового регулирования, сделанные выше в разделах 7 и 8 выводы изменению не подлежат и указанные положения являются конституционными.

10. ВОПРОС О КОНСТИТУЦИОННОСТИ НОРМ ЗАКОНА РФ «О МЕЖДУНАРОДНОМ КОММЕРЧЕСКОМ АРБИТРАЖЕ» В СИСТЕМЕ ДЕЙСТВУЮЩЕГО ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

10.1. Как известно, международный коммерческий арбитраж является одной из разновидностей третейских судов. В Законе РФ «О международном коммерческом арбитраже» широко используется понятие «*третейский суд*» именно для обозначения международного коммерческого арбитража.

Как и в ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» в Законе РФ «О международном коммерческом арбитраже» не содержится четких критериев, позволяющих судам и участникам экономического оборота только на основании этих норм самих по себе установить категории споров, вытекающих из гражданских правоотношений, которые могут или не могут быть такими участниками переданы на рассмотрение третейских судов. Бесспорно и то, что в данном Законе РФ не имеется исчерпывающего перечня споров, которые могут или не могут быть переданы на рассмотрение третейского суда.

10.2. Однако как и в случае с ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» это обусловлено не конституционно-значимой «дефектностью» такого Закона РФ, а спецификой регулируемых им отношений, обуславливающих необходимость особого подхода к таким отношениям со стороны федерального законодателя в целях защиты конституционно-значимых ценностей (в том числе указываемых Президиумом ВАС РФ в его Запросе), соблюдения конституционных критериев необходимости, соразмерности и пропорциональности в нормативном регулировании, а также обеспечения баланса между частными и публичными интересами.

Федеральный законодатель также предусмотрел в Законе РФ «О международном коммерческом арбитраже» **комплексный механизм определения категорий споров, которые могут или не могут быть переданы на рассмотрение третейских судов.**

Более того, такой механизм в данном Законе РФ (он был принят в 1993 г.) предшествовал установлению соответствующих положений в ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» (принят в 2002 г.) и во многом являлся ориентиром для разработки последних.

Нельзя не отметить и то, что комплексный механизм определения категорий споров, которые могут или не могут быть переданы на рассмотрение третейских судов, является в Законе РФ «О международном коммерческом арбитраже» более сложным с юридико-технической точки зрения, нежели аналогичный механизм в ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации». Чтобы понять это, достаточно взглянуть на п. 4 ст. 1 «Сфера применения» такого Закона РФ («*Настоящий Закон не затрагивает действия какого-либо другого закона Российской Федерации, в силу которого определенные споры не могут передаваться в арбитраж или могут быть переданы в арбитраж только в соответствии с положениями иными, нежели те, которые содержатся в настоящем Законе*») в его системной связи с предшествующими пунктами той же статьи: «*1. Настоящий Закон применяется к международному коммерческому арбитражу, если место арбитража находится на территории Российской Федерации. Однако положения, предусмотренные статьями 8, 9, 35 и 36, применяются и в тех случаях, когда место арбитража находится за границей.*

2. В Международный коммерческий арбитраж могут по соглашению сторон передаваться:

спору из договорных и других гражданско-правовых отношений, возникающие при осуществлении внешнеторговых и иных видов международных экономических связей, если коммерческое предприятие хотя бы одной из сторон находится за границей, а также

спору предприятий с иностранными инвестициями и международных объединений и организаций, созданных на территории Российской Федерации, между собой, споры между их участниками, а равно их споры с другими субъектами права Российской Федерации.

3. Для целей пункта 2 настоящей статьи:

если сторона имеет более одного коммерческого предприятия, коммерческим предприятием считается то, которое имеет наибольшее отношение к арбитражному соглашению;

если сторона не имеет коммерческого предприятия, принимается во внимание ее постоянное местожительство».

Одно из объяснений такой сложности состоит в том, что Закон РФ «О международном коммерческом арбитраже» разработан на основе Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже 1985 г. Данный Типовой закон пользуется широким международным признанием и является итогом компромисса многолетней работы представителей самых разных государств (включая СССР) по созданию текста, который призван стать эффективным ориентиром в деле разработки в каждой стране своих законов в отношении международного коммерческого арбитража, создающих унифицированное правовое пространство на национальном уровне, которое

при этом успешно стыкуется с регулированием международного коммерческого арбитража на международном уровне (Нью-йоркская конвенция 1958 г. о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений).

Более того, положения, содержащиеся в разделе VII «Оспаривание арбитражного решения» и разделе VIII «Признание и приведение в исполнение арбитражных решений» Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже», наделяют государственные арбитражные суды правом отменять решения международного коммерческого арбитража, выдавать исполнительные листы на их принудительное исполнение или отказывать в выдаче таких исполнительных листов, в том числе в контексте вопроса об арбитрабельности рассмотренных в международном коммерческом арбитраже споров (определения категорий споров, которые могут или не могут быть переданы на рассмотрение третейских судов).

В любом случае не вызывает сомнений то, что комплексные механизмы определения категорий споров, которые могут или не могут быть переданы на рассмотрение третейских судов, являются по своей сути идентичными как по Закону РФ «О международном коммерческом арбитраже», так и по ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации», равно как и по АПК РФ.

Соответственно сказанное выше в разделах 7 и 8 является применим *mutatis mutandis* и к вопросу о конституционности норм Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже»: такая конституционность сомнений вызывать не может.

11. ВОПРОС О КОНСТИТУЦИОННОСТИ П. 1 СТ. 33 ФЗ «ОБ ИПОТЕКЕ (ЗАЛОГЕ) НЕДВИЖИМОСТИ» И СТ. 28 ФЗ «О ГОСУДАРСТВЕННОЙ РЕГИСТРАЦИИ ПРАВ НА НЕДВИЖИМОЕ ИМУЩЕСТВО И СДЕЛОК С НИМ» ПО ИХ КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВОМУ СМЫСЛУ В СИСТЕМЕ ДЕЙСТВУЮЩЕГО ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ РОССИИ, ВКЛЮЧАЯ ЕЕ МЕЖДУНАРОДНЫЕ ДОГОВОРЫ, А ТАКЖЕ ИНОСТРАННУЮ И МИРОВУЮ ПРАКТИКУ

Несмотря на то, что, как было показано выше, п. 1 ст. 33 ФЗ «Об ипотеке (залоге) недвижимости» и ст. 28 ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» не могут быть предметом рассмотрения по данному делу и Запрос и Дополнение к Запросу в части, касающихся указанных положений, не являются допустимыми в соответствии с требованиями ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации», МКАС считает довести до сведения КС РФ свою позицию по вопросу о конституционности указанных положений, в том числе в системной связи с ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» и Законом РФ «О международном коммерческом арбитраже».

11.1. Нет никаких сомнений в том, что определение категорий споров, которые могут или не могут быть переданы на рассмотрение третейского суда, должно осуществляться законодателем с целью защиты конституционно-значимых ценностей, соблюдения конституционных критериев необходимости, соразмерности и пропорциональности в нормативном регулировании, а также обеспечения баланса между частными и публичными интересами, соответствующей гибкости нормативного регулирования.

Представляется, что законодатель при выработке п. 1 ст. 33 ФЗ «Об ипотеке (залоге) недвижимости» и ст. 28 ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» данным требованиям следовал.

В пользу этого свидетельствует то, что законодатель принципиально и ранее допускал и сейчас допускает возможность передачи на рассмотрение третейского суда самых разнообразных споров, связанных с недвижимым имуществом.

Так, ст. 50 «Порядок разрешения споров» Закона РФ «О недрах» 1992 г. была дополнена Федеральным законом от 2 января 2000 г. № 20-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Закон Российской Федерации «О недрах» следующим положением *«По взаимной договоренности сторон имущественные споры, связанные с пользованием недрами, могут быть переданы на рассмотрение третейского суда»*. С тех пор в данный Закон вносились изменения 19 раз (в том числе 2 раза в 2010 г.), но такая норма не изменялась.

Федеральный закон 1995 г. «О соглашениях о разделе продукции» изначально содержал ст. 22 «Разрешение споров», действующую и сегодня, которая предусматривает: *«Споры между государством и инвестором, связанные с исполнением, прекращением и недействительностью соглашений, разрешаются в соответствии с условиями соглашения в суде, в арбитражном суде или в третейском суде (в том числе в международных арбитражных институтах)»*¹⁵.

Земельный кодекс РФ 2001 г. изначально содержал ст. 64 «Рассмотрение земельных споров», действующую и сегодня, которая предусматривает: *«1. Земельные споры рассматриваются в судебном порядке.*

2. До принятия дела к производству судом земельный спор может быть передан сторонами на разрешение в третейский суд». С 2001 г. в данный кодекс вносились изменения 36 раз (в том числе 2 раза в 2010 г.), но такая норма не изменялась.

Пункт 1 ст. 33 содержался в ФЗ «Об ипотеке (залоге) недвижимости» с момента его принятия в 1998 г. С того момента данный в данный Закон вносились изменения 16 раз (в том числе 1 раз в 2010 г.), но такая норма не изменялась.

Название ст. 28 содержалась в ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» с момента его принятия в 1997 г. С того момента данный в данный Закон вносились изменения 37 раз (в том числе 4 раз в 2010 г.), но название данной статьи не изменялось.

Ввиду этого сложно предположить, что законодатель, допуская передачу указанных споров в третейский суд, игнорирует необходимость защиты конституционно-значимых ценностей, не соблюдает конституционные критерии необходимости, соразмерности и пропорциональности в нормативном регулировании, а также не стремится обеспечить баланс между частными и публичными интересами, а также соответствующую гибкость нормативного регулирования.

11.2. Общеизвестно, что Россия признает принципиальную возможность передачи на рассмотрение третейского суда самых разнообразных споров, связанных с недвижимым имуществом, и при принятии на себя различных международных обязательств.

11.2.1. Так, сегодня для России действует несколько десятков соглашений о поощрении и взаимной защите капиталовложений. Под капиталовложениями в них понимается, например:

любое недвижимое имущество и любые связанные с ним имущественные права, такие, как право залога;

акции, вклады, облигации или любые другие формы участия в компании или предприятии, в том числе совместном предприятии;

¹⁵ Согласно данному Закону соглашением о разделе продукции является договором, в соответствии с которым Российская Федерация предоставляет субъекту предпринимательской деятельности (инвестору) на возмездной основе и на определенный срок исключительные права на поиски, разведку, добычу минерального сырья на участке недр, указанном в таком соглашении, и на ведение связанных с этим работ, а инвестор обязуется осуществить проведение указанных работ за свой счет и на свой риск. Соглашение определяет все необходимые условия, связанные с пользованием недрами, в том числе условия и порядок раздела произведенной продукции между сторонами соглашения в соответствии с положениями данного закона.

любые права на интеллектуальную собственность, включая авторские права, права на патенты, товарные знаки, фирменные наименования, промышленные образцы, а также коммерческие тайны и «ноу-хау»;

права на осуществление экономической или коммерческой деятельности, включая права на разведку, разработку, добычу или эксплуатацию природных ресурсов, предоставленные по законодательству или договору.

При этом в таких международных договорах стандартным положением является оговорка о передаче любых споров, возникающих между инвестором одной из Договаривающейся Сторон и другой Договаривающейся Стороной в связи с капиталовложением на ее территории, в третейский суд. Соответственно такой третейский суд имеет право рассматривать споры по поводу указанных капиталовложений, в том числе те, которые содержат публичные элементы или же затрагивают интересы третьих лиц. Более того, такой третейский суд имеет право выносить решения о том, не был ли со стороны России нарушен в отношении капиталовложений справедливый и равноправный режим, в том числе за счет налоговых или административных мер, т.е. речь идет о праве третейского суда давать оценку публично-правовым действиям России.

11.2.2. Кроме того, для России сохраняет силу Конвенция о разрешении арбитражным путем гражданско-правовых споров, вытекающих из отношений экономического и научно-технического сотрудничества (Москва, 26 мая 1972 г.), заключенная в рамках Совета Экономической Взаимопомощи.

Согласно письму МИД РФ от 21 декабря 2009 г. № 19670/дп участниками данной Конвенции продолжают являться Болгария, Монголия, Россия, Чехия, Словакия, Куба.

Пункт 2 ст. VI этой Конвенции гласит: *«Настоящая Конвенция не применяется также к гражданско-правовым спорам, которые в соответствии с национальным законом, действующим на момент подписания Конвенции, входят в исключительную компетенцию судебных органов или других государственных органов».*

Согласно официальной информации, поступившей в Секретариат Совета Экономической Взаимопомощи от СССР, национальные законы СССР на момент подписания Конвенции предусматривали, что только в государственных судах, а не в порядке третейского разбирательства, могут решаться следующие споры: *«1. Споры об установлении и прекращении правовой охраны изобретений, рационализаторских предложений и промышленных образцов, об авторстве на изобретения и промышленные образцы, о выплате вознаграждения за изобретение и рационализаторские предложения о праве использования изобретения, на которые выдан патент (так называемое «право преждепользования»), о первенстве на рационализаторское предложение.*

2. Споры, вытекающие из договоров перевозки грузов в прямом международном железнодорожном и воздушном сообщении.

3. Споры, связанные с расчетами по общей аварии на морском транспорте (диспаша).

4. Споры, касающиеся землепользования и водопользования»¹⁶.

Как видно, неарбитрабельными СССР объявил не все споры по поводу недвижимости.

При этом Чехословакия и Куба сообщили, что в их праве не имеется положений, которые объявляли бы неарбитрабельными споры по поводу недвижимости. Однако об неарбитрабельности таких споров заявили Болгария, Польша и Румыния, которые сегодня в Конвенции уже не участвуют¹⁷.

¹⁶ Международное сотрудничество в области коммерческого арбитража. Международные конвенции, соглашения и другие документы по вопросам арбитража / Лебедев С.Н. — М.: Изд-во Торг.-пром. палаты СССР, 1979. С. 92—93.

¹⁷ Международное сотрудничество в области коммерческого арбитража. Международные конвенции, соглашения и другие документы по вопросам арбитража / Лебедев С.Н. — М.: Изд-во Торг.-пром. палаты СССР, 1979. С. 89, 91, 92.

Россия является правопреемником СССР в отношении указанной Конвенции и не делала больше никаких заявлений по поводу того, что такая Конвенция не распространяется на споры иные, нежели касающиеся землепользования и водопользования.

11.2.3. Крайне важным для России международным договором является Соглашение о партнерстве и сотрудничестве, учреждающее партнерство между Российской Федерацией, с одной стороны, и Европейскими сообществами и их государствами-членами, с другой стороны (о. Корфу, 24 июня 1994 г.).

Его ст. 98 предусматривает: *«2. В рамках их соответствующей компетенции Стороны:*

— *поощряют использование арбитража для урегулирования споров, возникающих в связи с коммерческими сделками и сделками о сотрудничестве, заключенными экономическими операторами России и Сообщества;*

— *соглашаются с тем, что когда спор передан в арбитраж, каждая сторона спора может, если иное не предусмотрено правилами арбитражного центра, выбранного сторонами, назначить собственного арбитра, независимо от его гражданства, и что председательствующий третий арбитр или единоличный арбитр может быть гражданином третьего государства;*

— *рекомендует их экономическим операторам по взаимному согласию определять право, применимое к их контрактам;*

— *поощряют использование арбитражных правил, разработанных Комиссией Организации Объединенных Наций по праву, международной торговле (ЮНСИТРАЛ), и проведение арбитража в любом центре государства-участника Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, принятой в Нью-Йорке 10 июня 1958 года».*

Данное положение, как следует из его содержания, распространяется и на любые споры по поводу недвижимости между экономическими операторами России и Европейского Союза.

11.2.4. Следует подчеркнуть, что РСФСР и СССР, правопреемником которого является Россия, еще в 20-е активно использовал включение в концессионные соглашения оговорок о передаче в третейский суд споров, возникающих из таких соглашений. Последние, как известно, заключались именно в отношении недвижимого имущества (концессия Уркварта, Гарримана, концессия компании «Лена Голдфилдс», концессия «Мологолес» и т.д.). *«В Генуе Советская Россия публично отвергла арбитраж как средство разрешения споров между государствами, но приняла принцип арбитража по отношению к концессионным соглашениям и другим международным коммерческим транзакциям»*¹⁸. Известный английский исследователь В.В. Видер даже видит в советской практике активного заключения третейских оговорок применительно к спорам с участием лиц из Германией, один из корней современного инвестиционного арбитража и полагает, что такая практика шла впереди подходов к международному третейскому разбирательству частных споров во Франции и Англии: *«В то время, когда международный арбитраж еще мало практиковался в Западной Европе, поражает насколько более развитыми в этом отношении были эти ранние германо-советские договоры и как широко они применялись на практике специалистами, которые, несмотря на различные политические и экономические интересы, исторически разделяли общую юридическую культуру. Во Франции, например, международный торговый арбитраж не стал возможным до законодательных изменений, последовавших за подписанием Женевского протокола; а в Англии международный торговый арбитраж практиковался лишь через национальную призму даже после Женевской конвенции. ... Поражает также*

¹⁸ Видер В.В. 1922: Провал англо-советской концессии Уркварта и зарождение международного арбитража // Международный коммерческий арбитраж. 2006. № 4. С. 165.

и то, насколько мал был прогресс в этой области (за исключением частных институциональных правил арбитража) до принятия Нью-Йоркской конвенции 1958 года о признании и проведении в исполнение иностранных арбитражных решений, Конвенции МЦУИС 1965 года и Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже 1985 года. Было бы, наверное, некоторой натяжкой утверждать, что стержневым корнем всех этих текстов были советско-германские арбитражные соглашения и практика с 1918 по 1927 г., но не будет ошибкой заключить, что все они, в особенности специализированная, базирующаяся на международных договорах, форма арбитража между иностранным инвестором и государством, утвержденная Конвенцией МЦУИС, уходили корнями в одну и ту же плодородную почву, неотъемлемо важную как тогда, так и теперь для успешной международной торговли и иностранных инвестиций¹⁹.

11.3. Невозможно согласиться с мнением Президиума ВАС РФ, согласно которому наличие в споре публичного элемента означает необходимость рассмотрения такого спора только в государственном суде.

С целью защиты конституционно-значимых ценностей, соблюдения конституционных критериев необходимости, соразмерности и пропорциональности в нормативном регулировании, а также обеспечения баланса между частными и публичными интересами, соответствующей гибкости нормативного регулирования законодатель может предусмотреть иные способы разрешения таких споров.

Достаточно указать на ч. 1 ст. 85 Конституции РФ: «1. Президент Российской Федерации может использовать согласительные процедуры для разрешения разногласий между органами государственной власти Российской Федерации и органами государственной власти субъектов Российской Федерации, а также между органами государственной власти субъектов Российской Федерации. В случае недостижения согласованного решения он может передать разрешение спора на рассмотрение соответствующего суда».

11.3.1. Резкое противопоставление со стороны Президиума ВАС РФ государственных судов третейским судам со ссылкой на то, что только первые осуществляют правосудие, не отвечает еще и той общеизвестной тенденции развития права России, которая состоит в объявлении осуществляемых государством функций оказанием услуг обществу. Государственные суды также оказывают услуги, как и третейские, в свете чего следует говорить не об их противопоставлении друг другу, а об их дополнении друг друга, в том числе при рассмотрении споров в связи с недвижимостью.

11.4. Нельзя не отметить и то, что аргумент, приводимый Президиумом ВАС РФ в обоснование того, что споры в связи с недвижимостью не должны быть арбитражными, и состоящий в том, что недвижимость является дорогостоящим имуществом, не является основательным.

На основании такой порочной логики любые споры выше определенного порога (100 млн. рублей, например) можно объявить неарбитражными, что само собой разумеется, конституционным ценностям и необходимости соблюдения баланса частным и публичных интересов отвечать не будет.

11.5. На стр. 9 и 10 Запроса Президиум ВАС РФ фактически обосновывает неарбитражность определенных споров тем, что только государственные суды обязаны устанавливать баланс частных и публичных интересов, рассматривая споры гражданско-правового характера.

¹⁹ *Veeder V.V. Chancellor Wirth and the Mologoles Concession 1923—1927: the German-speaking Origins of the ICSID Convention // International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer, Ch. Binder et al. eds., Oxford University Press 2009, P. 377.*

Такой довод не выдерживает критики в свете, в частности, п. 1 ст. 6 «Нормы, применяемые третейским судом при разрешении споров» ФЗ «О третейских судах»: *«Третейский суд разрешает споры на основании Конституции Российской Федерации, федеральных конституционных законов, федеральных законов, нормативных указов Президента Российской Федерации и постановлений Правительства Российской Федерации, нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти, нормативных правовых актов субъектов Российской Федерации и органов местного самоуправления, международных договоров Российской Федерации и иных нормативных правовых актов, действующих на территории Российской Федерации»*. Как видно, применять Конституцию РФ, т.е. учитывать конституционные ценности и обеспечивать необходимость соблюдения баланса частных и публичных интересов, рассматривая споры гражданско-правового характера, обязаны и третейские суды.

11.6. Само собой разумеется, что то или иное отношение законодателя к расширению или сужению возможностей передачи на рассмотрение третейского суда споров с публичными элементами зависит от конституционно- или общественно-значимых для него ценностей, от его стремления обеспечить тот или иной баланс между частными и публичными интересами.

В некоторых государствах значимость третейского разбирательства признается настолько, что положения о нем включаются в национальные конституции.

Так, в соответствии со ст. 190 Конституции Эквадора *«Арбитраж, медиация и другие альтернативные процедуры разрешения конфликтов признаются. Этим процедурам придается принудительная сила в соответствии с законом по вопросам, в которых в силу их природы возможно урегулирование»*.

В публичных контрактах арбитраж по праву дозволяется, при условии благоприятного мнения Службы Генерального прокурора в соответствии с условиями, установленными законом»²⁰.

Ст. 258 Национальной Конституции Венесуэлы 1999 г. предусматривает: *«Закон содействует арбитражу, примирению, медиации и любым другим альтернативным способам решения споров»²¹.*

В Изложении мотивов данной Конституции, принятом Национальной конституционной ассамблеей говорится (абзац 5 главы III «О судебной власти и системе правосудия», титул V «Об организации национальной публичной власти»): *«Кроме того, в систему правосудия включаются альтернативные способы для разрешения споров, такие как арбитраж, медиация и примирение, все это с целью со стороны Государства им благоприятствовать и продвигать без препятствий для деятельности, которую в этом направлении могут вести академии, университеты; торговые палаты и гражданское общество в целом»*.

Таким же образом, хотя отправление правосудия не является исключительной монополией государства, только оно вправе осуществлять принудительную защиту прав, т.е. приведение в исполнение решений, Конституция включает в систему юстиции граждан, которые участвуют в осуществлении юрисдикционной функции, включая судей и всякий иной механизм, который предусматривает закон»²².

Также и Конституция Сальвадора 1983 г., с изменениями от 2003 г., предусматривает: *«Ни одно лицо, которое может свободно распоряжаться своим имуществом, не может быть лишено права урегулировать свои гражданские или коммерческие дела мировым соглашением или в арбитраже. В отношении тех, что не обладает таким свободным распоряжением, закон определяет случаи, в которых они*

²⁰ www.kluwerarbitration.com/document.aspx?id=ipn91445 (доступ при наличии пароля).

²¹ www.constitutionnet.org/files/constitucion_publicada_en_gaceta_oficial_ordinaria_no_36860_del_30_di_ciembre_1999.pdf.

²² www.kluwerarbitration.com/document.aspx?id=KLI-KA-1104009-n (доступ при наличии пароля).

могут так действовать и необходимые для этого требования» (ст. 23); «Государство обязано содействовать примирению и арбитражу способом, который будет превращать их в эффективные средства для мирного решения трудовых споров. Создаются специальные административные советы по примирению и арбитражу для решения коллективных споров экономического характера или в отношении иных интересов» (ст. 46)²³.

11.7. Государства могут поощрять развитие третейского разбирательства и иными способами.

Так, в СССР подача жалоб или протестов на решения Морской арбитражной комиссии при ТПП СССР допускалась только в Верховный Суд СССР. Более того, подача жалоб или протестов на решения Внешнеторговой арбитражной комиссии не допускалась вообще.

Отчасти схожий подход используется в Нидерландах, где закон разрешает подавать жалобы на решения государственных судов об отказе в приведении в исполнение третейских решений, но не допускается подача жалоб на решения государственных судов о приведении их в исполнение (однако закон одновременно разрешает подавать в государственные суды заявления об отмене третейских решений, а затем обжаловать любые вынесенные по таким заявлениям акты).

В США государство также всячески поощряет развитие третейского разбирательства и иных внесудебных процедур разрешения споров: «Вот только краткий перечень видов дел, успешно разрешаемых сегодня в США с помощью различных альтернативных методов:

— коммерческие договорные споры, возникающие в сфере торговли, страхования, перевозок, строительства, инвестиционной деятельности, обращения ценных бумаг, кредитования и пр.;

— гражданско-правовые споры, связанные с защитой и осуществлением права собственности (в том числе, интеллектуальной), арендой, лизингом, индивидуальным кредитованием, возмещением внедоговорного вреда, наследованием и др.;

— семейные дела о разделе имущества супругов, а также связанные с воспитанием детей;

— трудовые споры коллективные и индивидуальные.

Универсальность альтернативных процедур подтверждается также их постепенным распространением в сферах, которые казалось бы, не приспособлены для их использования. Это административные, налоговые и иные публичные правоотношения. На основании принятого Конгрессом США в 1996 г. нового Акта об урегулировании административно-правовых споров (*Administrative Dispute Resolution Act*), который с существенными поправками заменил Акт 1990 г., государственным учреждениям предписывается использовать до обращения в суд различные альтернативные методы, включая обязательный арбитраж²⁴; «В американской литературе наблюдаются и крайне различные подходы к перспективам развития ADR [альтернативного разрешения споров]. Интересным является высказывание Главного судьи Верховного Суда штата Аризона Ф. Гордона. По его мнению, постепенное развитие ADR приведет к тому, что судебное разбирательство станет альтернативой, а ADR — основным методом урегулирования конфликтов на всей территории США»²⁵.

11.8. Поощрение отдельными государствами развития третейского разбирательства находится в русле общемировой тенденции все большего распространения такого

²³ www.constitution.org/cons/elsalvad.htm.

²⁴ Носырева Е.И. Альтернативное разрешение споров в США. — М.: ОАО «Издательский Дом "Городец"», 2005. С. 52.

²⁵ Носырева Е.И. Альтернативное разрешение споров в США. — М.: ОАО «Издательский Дом "Городец"», 2005. С. 27.

разбирательства на все большее количество областей, особенно связанных с экономическим оборотом.

Генеральная Ассамблея ООН регулярно в своих резолюциях подчеркивает значение третейского разбирательства для мировой торговли. Так, в резолюции A/RES/65/22, принятой на ее 57-е пленарном заседании 6 декабря 2010 г., она в очередной раз признала *«важное значение арбитража как метода разрешения споров, которые могут возникать в контексте международных коммерческих отношений»*, а также выразила свою признательность Комиссии ООН по праву международной торговли за разработку и принятие пересмотренных положений Арбитражного регламента, рекомендовала использовать Арбитражный регламент, пересмотренный в 2010 г., при урегулировании споров, возникающих в контексте международных коммерческих отношений и просила Генерального секретаря ООН приложить всемерные усилия для обеспечения широкой известности и доступности такого Арбитражного регламента²⁶.

11.9. Аналогичные процессы развиваются и в Европейском Союзе. Комиссия Европейских Сообществ в своем документе от 21 апреля 2009 г. COM(2009) 175, инициирующем обсуждение вопроса о пересмотре Регламента Совета № 44/2001 о юрисдикции и признании и приведении в исполнение решений по гражданским и коммерческим делам (*Green paper*) указала: *«Арбитраж является делом огромной важности для международной торговли. Арбитражным соглашениям следует придавать возможно наиболее полную силу и признание и приведении в исполнение арбитражных решений следует поощрять»*.

Данный благоприятствующий третейскому разбирательству подход влияет и на вопрос об арбитрабельности споров, который решается совсем иначе, нежели это представляет Президиум ВАС РФ в документах, представленных в КС РФ: *«Таким образом, нынешняя тенденция в вопросах арбитрабельности показывает, что роль соображений публичного порядка в определении сферы споров, подлежащих рассмотрению в арбитраже, постепенно ослабевает. В этой связи отказ от публичного порядка как от критерия определения арбитрабельности становится все более и более очевидным. В то же время четко определился принцип и обозначилось движение в пользу признания более либерального отношения, основанного на финансовом или экономическом характере спора»*.

Другим аргументом в пользу признания того, что арбитраж больше не представляет препятствия применению права ЕС в области права конкуренции, является одобрительное отношение к арбитражу со стороны Комиссии. Комиссия как основной правоприменитель антимонопольного законодательства ЕС, похоже, изменила свое настороженное, недоверчивое отношение к арбитражу.

В настоящее время Комиссия демонстрирует склонность к активному признанию арбитража в качестве инструмента разрешения споров. ...

Представляется, что арбитражная практика последних лет вполне вписывается в общую тенденцию снижения значимости понятия «арбитрабельность» спора. Большинство недавних арбитражных решений, касающихся права ЕС, все больше и решительнее отказываются от такой защиты в арбитражном разбирательстве, как неарбитрабельность спора, и все меньше у арбитража возникает сомнений в отношении того, допустим ли такой подход»²⁷.

Более того, в течение последнего времени серьезно изменилось отношение к возможности рассмотрения в арбитраже споров по праву ЕС о защите конкуренции, т.е. споров с несомненными публичными элементами. Такая возможность была *«предметом теоретических дискуссий и приводила к вынесению порой противоположных решений»*. ...

²⁶ <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N10/513/88/PDF/N1051388.pdf?OpenElement>.

²⁷ Юрьев Е.Е. Право Европейского Союза и международный коммерческий арбитраж: особенности и взаимодействия: Монография. — М.: Юрлитинформ, 2010. С. 96—97.

В ряде своих старых решений Европейская Комиссия признала, что с учетом обстоятельств дела даже само заключение арбитражного соглашения явилось нарушением п. 1 ст. 81 Договора, ибо его заключение было направлено на то, чтобы избежать применения права ЕС о защите конкуренции.

Однако общим правилом в настоящее время является то, что споры по праву ЕС о защите конкуренции могут быть предметом рассмотрения в арбитраже, и на практике это происходит очень часто»²⁸.

11.9.1. Общеизвестно, что в России уже давно провозглашен курс на сближение российского законодательства с европейским. Так, п. 1 ст. 55 «Сотрудничество в области законодательства» Соглашения о партнерстве и сотрудничестве, учреждающее партнерство между Российской Федерацией, с одной стороны, и Европейскими сообществами и их государствами-членами, с другой стороны (о. Корфу, 24 июня 1994 г.) устанавливает: «Стороны признают, что важным условием для укрепления экономических связей между Россией и Сообществом является сближение законодательства. Россия стремится к постепенному достижению совместимости своего законодательства с законодательством Сообщества».

В свете сказанного выше в отношении вопроса об арбитрабельности в праве ЕС правовые позиции, предлагаемые Президиумом ВАС РФ в Запросе, Дополнении и Справке не соответствует подходу, который провозгласила Россия в указанном международном договоре, равно как и не соответствуют мировым тенденциям в регулировании третейского разбирательства.

12. НЕКОТОРЫЕ ДОПОЛНИТЕЛЬНЫЕ ЗАМЕЧАНИЯ ПО ПОВОДУ ЗАПРОСА ОТ 29 ИЮЛЯ 2010 г. ПРЕЗИДИУМА ВАС РФ И ДОПОЛНЕНИЯ ОТ 30 ДЕКАБРЯ 2010 г. К НЕМУ

12.1. Следует отметить, что ВАС РФ уже рассматривал в порядке надзора дело, аналогичное двум вышеупомянутым делам, в связи с которыми Президиум ВАС обратился в КС РФ, и выработал соответствующую позицию. Так, ВАС РФ рассмотрел заявление о пересмотре в порядке надзора определение Арбитражного суда Республики Татарстан по делу № А65-26155/2006-СГ5-52, оставленное без изменения постановлением Федеральным арбитражным судом Поволжского округа. Указанным определением было отказано в удовлетворении заявления об отмене решения третейского суда, которым были удовлетворены требования банка о взыскании с общества в пользу банка денежных средств по кредитному договору с обращением взыскания на недвижимое имущество. В определении от 23 июля 2007 г. № 6863/07 ВАС РФ отметил, что «спор об обращении взыскания на заложенное имущество не является спором о праве собственности банка на указанное имущество. Основания обращения взыскания на заложенное имущество регулируются положениями статей 348—350 ГК РФ и являются защитой прав взыскателя в случае неисполнения обеспеченного залогом обязательства, то есть гражданскими правоотношениями, не затрагивающими административно-публичных правоотношений».

12.2. Еще ранее ВАС РФ в своем Письме от 21 августа 1997 г. № С5-7/ОЗ-581 «О Федеральном законе «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» в п. 12 указал, что «государственная регистрация прав на недвижимое имущество, установленных решением суда, арбитражного суда или третейского суда, осуществляется в соответствии со ст. 28 Федерального закона».

12.3. ВАС РФ также не учитывает, что в определении от 4 июня 2007 г. № 377-О-О Конституционный Суд РФ уже косвенно признал конституционность положения о возможности регистрации прав на недвижимое имущество на основании решений

²⁸ Юрьев Е.Е. Международный коммерческий арбитраж и право Европейского Союза: взаимодействие и противоречия // Международный коммерческий арбитраж. 2006. № 3. С. 140—141.

третейских судов: *«само по себе оспариваемое заявителями законоположение [оспаривался абз. 6 п. 1 ст. 17 Федерального закона «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним», в котором основанием для регистрации прав на недвижимое имущество указаны вступившие в законную силу судебные акты] не может рассматриваться как нарушающее их конституционные права, поскольку оно лишь называет в качестве основания для государственной регистрации прав на недвижимое имущество акты, к которым согласно статье 28 Федерального закона «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» относятся и решения третейских судов».*

12.4. В ходе рассмотрения двух вышеупомянутых дел, в связи с которыми Президиум ВАС РФ обратился в КС РФ, вставал вопрос о том, соответствовал ли состав третейского суда или третейское разбирательство требованиям закона, а также не нарушает ли решение третейского суда основополагающие принципы российского права (ст. 46 ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации», ст. 239 АПК РФ).

Ни коллегия судей ВАС РФ в определениях от 11 марта 2010 г. о передаче дел в Президиум ВАС РФ, ни сам Президиум ВАС РФ в ходе рассмотрения им таких дел, не обращались к указанному вопросу, хотя и могли это сделать.

12.5. Иными словами, указанные дела могли быть разрешены и без обращения Президиума ВАС РФ в КС РФ с Запросом (с последующим Дополнением к нему). Вместо этого Президиум ВАС РФ обратился в КС РФ с Запросом по поводу конституционности соответствующих норм в свете проблемы арбитрабельности определенных споров.

Соответственно Президиум ВАС РФ вместо того осуществить надлежащим образом правосудие по конкретным делам в данной ситуации намеренно прибег к чрезмерному правовому инструменту (вопрос о злоупотреблении правом).

12.6. Если в Запросе Президиум ВАС РФ еще предлагает варианты того или иного подхода к поставленным им вопросам, то в Дополнении он уже достаточно беспелляционно утверждает о неконституционности соответствующих норм. Такое резкое изменение позиции имеет объяснение (см. ниже).

12.7. Все сказанное выше может свидетельствовать о том, что подлинная цель Президиума ВАС РФ — отнюдь не обеспечение вынесения правосудных актов по двум вышеупомянутым конкретным делам, в связи с которыми Президиум ВАС РФ обратился в КС РФ (как он указывает на стр. 2—3 Дополнения), а использование КС РФ как инструмента в конкурентной борьбе с третейскими судами за компетенцию.

Хотя ВАС РФ обладает правом законодательной инициативы, он, как представляется, намеренно не желает им воспользоваться. И, несмотря на то, что в Запросе и Дополнении Президиум ВАС РФ заявляет о неопределенности законодательства в вопросе об арбитрабельности споров, ВАС РФ, как позволяют судить сама ситуация и его собственные действия, не заинтересован в как можно быстром установлении в законе четких критериев арбитрабельности споров (он давно мог бы это сделать, учитывая то, как часто в последнее время им инициируются изменения в АПК РФ): он скорее заинтересован в получении от КС РФ определения, в котором бы КС РФ обратил внимание на необходимость соблюдения баланса публичных и частных интересов применительно к арбитрабельности и еще раз указал на то, что определенные категории споров могут рассматриваться исключительно государственными судами (а КС РФ не может этого не сделать).

Не исключено, что ВАС РФ хочет воспользоваться данной ситуацией, чтобы затем на основании таких общих указаний КС РФ, полученных по данному делу, попытаться (через изменения законов, а также через даваемые им толкования) расширить компетенцию государственных арбитражных судов, получить возможность как можно более широко толковать основания неарбитрабельности споров, в том числе со ссылкой на наличие в споре публичных элементов и/или того, что спором затрагиваются интересы третьих лиц.

12.8. Такая позиция ВАС РФ продолжает не лучшую традицию фактического противодействия со стороны государственных арбитражных судов третейскому разбирательству судам, в то время как официально и ВАС РФ, и иными органами государственной власти выбран курс на упрочение авторитета третейских судов, что особенно важно в свете концепции создания в Москве международного финансового центра.

Такая позиция ВАС РФ может привести к необоснованному ограничению компетенции третейских судов на основе использования государственными арбитражными судами таких неопределенных признаков как наличие в споре публичного элемента и/или того, что спором затрагиваются интересы третьих лиц.

Аналогичным образом такая позиция ВАС РФ может привести к увеличению количества случаев отмены решений третейских судов или отказа приводить их в исполнение. Это может сильно уронить доверие к третейским судам, а также поставить их в сложное положение, т.к. при использовании неопределенных критериев наличия в споре публичного элемента и/или того, что спором затрагиваются интересы третьих лиц, будет крайне сложно определить, компетентен ли он рассматривать соответствующий спор.

Не исключено, что ВАС РФ также преследует задачу создать новые основания для отказа приводить в исполнение определенные иностранные третейские решения со ссылкой на их неарбитрабельность по российскому праву.

Кроме того, еще одной задачей ВАС РФ может являться объявление неарбитрабельными корпоративных споров. Одним из знаков, свидетельствующих о таком намерении, выступает указание в Дополнении (стр. 5) на то, что к делам, которые должны рассматривать исключительно государственные суды, *«принято относить дела повышенной публичной (государственной, общественной) важности (...защита прав в корпоративных отношениях, которые практически во всех случаях затрагивают права третьих лиц)»*.

Подобный подход может создавать, кроме того, серьезную неопределенность для участников гражданского оборота, равно как он может нарушать такие начала гражданского права как равенство участников, свобода договора, недопустимость произвольного вмешательства кого-либо в частные дела, свободное установление своих прав и обязанностей на основе договора.

В итоге конституционное требование соблюдения баланса частных и публичных интересов может перестать выполняться.

12.9. Является очевидным, что такая позиция ВАС РФ находится в русле его усилий по наделению государственных арбитражных судов и прежде всего его самого максимальной дискрецией в ходе правоприменения (о чем свидетельствует внедрение так называемой прецедентности, попытки внедрить в ГК РФ понятие «обход закона»).

СПРАВКА ОБ АРБИТРАБИЛЬНОСТИ СПОРОВ С НАЛИЧИЕМ ПУБЛИЧНЫХ ЭЛЕМЕНТОВ ИЛИ ЗАТРАГИВАЮЩИХ ИНТЕРЕСЫ ТРЕТЬИХ ЛИЦ, В ПРАВЕ НЕКОТОРЫХ ГОСУДАРСТВ

(также комментарий к «Справке по вопросу о разграничении природы государственного правосудия и третейского разбирательства и о правовом регулировании юрисдикции в отношении споров о недвижимом имуществе», представленной ВАС РФ в КС РФ)

1. Центральная идея Справки Президиума ВАС — обосновать то, что процессуальные правила об исключительной подсудности определенных споров государственным судам, имеющие в праве Европейского Союза и отдельных государств, автоматически исключает возможность передачи таких споров в третейские суды. При этом никаких серьезных доказательств или ссылок на какие-либо источники в пользу такой идеи, помимо утверждений самого ВАС РФ, не приводится.

Данная идея, между тем, действительности не соответствует.

В Справке Президиума ВАС эта идея в наибольшей степени иллюстрируется ссылками на процессуальные правила Германии по поводу исключительной подсудности споров по поводу недвижимости. Между тем в Германии такие споры являются арбитрабельными, несмотря на существование указанных процессуальных правил. В праве Германии институт исключительной подсудности направлен на территориальное распределение рассмотрения дел в системе государственных судов, а не предпринимает вопрос об арбитрабельности споров. *«Вопросы арбитрабельности регулируются параграфом 1030 ГПК, который гласит (далее подчеркнуто нами):*

*«1. Любое требование **имущественного характера** может быть предметом арбитражного соглашения. Арбитражное соглашение, касающееся **требований неимущественного характера**, имеет юридическую силу в той мере, в которой стороны вправе заключить мировое соглашение в отношении предмета спора».*

<...>

Споры, касающиеся недвижимого имущества, проистекают из прав, связанных с экономикой или имеющих экономическую направленность. Поэтому они относятся к категории споров имущественного характера и их можно считать охваченными нормами первого предложения пункта 1 параграфа 1030 ГПК Германии.

По общему мнению современных германских специалистов в области арбитража, следует четко отличать вопросы объективной арбитрабельности от исключительной компетенции государственных судов²⁹. Такой подход также нашел подтверждение в судебной практике³⁰. Споры, связанные с недвижимостью (например, по вопросам продажи недвижимости, права собственности на недвижимость или вещных прав для обеспечения кредитов), прямо указаны в комментариях в качестве примера споров, которые могут передаваться на рассмотрение в арбитраж³¹.

Из указанного правила об объективной арбитрабельности существует одно явно выраженное исключение, касающееся недвижимости: пункт 2 параграфа 1030 ГПК Германии исключает из предмета арбитражных споров споры, касающиеся отношений между арендаторами и арендодателями жилых помещений. Такое исключение

²⁹ См.: Geimer, in: Zöller (Hrsg.). Zivilprozessordnung, 23. Aufl. (2002), § 1030 Rdz. 4; Münch, in: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung. Band 3, 2. Aufl. (2001), § 1030 Rdz. 2, 17; Lachmann. Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl. (2002) Rdz. 207; Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit Kommentar, 6. Aufl. (2000) S. 37; Schlosser, in: Stein-Jonas (Hrsg.). Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 7/II, 21. Aufl. (1994), § 1025 Rdz. 27d. Сравнительно-правовой анализ данной проблематики представлен в: Poudret/Besson. Droit Compare de l'arbitrage international (2002), note 345 et suiv.

³⁰ См. решение Федерального Верховного Суда от 29 марта 1996 г. BGHZ 132, 278 (282) по корпоративно-правовому спору (в отличие от предыдущей судебной практики).

³¹ См.: Geimer, in: Zöller (Hrsg.). Kommentar zur Zivilprozessordnung, 23. Aufl. (2002), § 1030 Rdz.22; Geimer. Internationales Zivilprozessrecht, 4. Aufl. (2001) Rdz.3813; Hausmann, in: Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht, 5. Aufl. (1996) Rdz.2480.

корреспондирует норме параграфа 29а ГПК Германии об исключительной компетенции государственных судов по данной категории споров³². Причиной такого исключения является специальный подход германского материального права, изложенный в Гражданском кодексе Германии, направленный на защиту прав арендаторов в спорах с арендодателями. Но все наиболее известные комментаторы сходятся во мнении, что пункт 2 параграфа 1030 ГПК не может применяться по аналогии к другим категориям споров, когда законом предусмотрена исключительная компетенция государственных судов³³.

В соответствии с пунктом 3 параграфа 1030 ГПК Германии допускается существование законодательства, не входящего в главу ГПК, посвященную арбитражу (параграфы 1025-1066), которое может предусматривать исключения из объективной арбитрабельности споров. Но при этом немецкие ученые согласны с тем, что нормы об исключительной компетенции государственных судов не могут толковаться как ограничивающие объективную арбитрабельность, так как арбитраж и государственные суды касаются различных правовых механизмов и ценностей. Положения об исключительной компетенции государственных судов обусловлены различными политико-правовыми причинами и целями, например, территориальная близость суда к доказательствам, защита одной из сторон или цель публичного контроля. В отличие от этого правила об объективной арбитрабельности посвящены вопросу о том, по каким категориям дел государство хочет сохранить возможность разрешения споров исключительно государственными органами. Подход к объективной арбитрабельности может быть основан (но не обязательно основывается) на тех же основаниях, что и исключительная компетенция внутри системы государственных судов. Третейский суд (или арбитраж) может, при определенных обстоятельствах, защищать охраняемые интересы (например, территориальная близость к доказательствам, гарантия эффективности исполнения решения и т.д.) даже лучше, чем государственные суды. В то же время комментаторы считают, что в отдельных случаях законодательство может содержать правила об исключениях из объективной арбитрабельности, сформулированные либо непосредственно в законодательных нормах, либо на основе их системного толкования»³⁴.

В то же время германское гражданско-процессуальное законодательство предусматривает ряд случаев, когда определенные категории споров не являются арбитрабельными: это споры о недвижимом имуществе, указанные в параграфе 24 ГПК; споры между арендатором и арендодателем (параграф 29а ГПК); определенные виды потребительских споров (параграф 29с ГПК); некоторые споры в области природопользования (параграф 32а ГПК); споры, вытекающие из семейного права (параграфы 606, 621, 640а ГПК); споры по определенным вопросам исполнения судебных решений (параграф 802 ГПК)³⁵.

2. Аналогичным образом не соответствует действительности идея, выраженная в Справке Президиума ВАС РФ (стр. 11), о том, что процессуальные правила, действующие на уровне Европейского Союза (например, Регламент Совета от 22 декабря 2000 г. № 44/2001 о юрисдикции и признании и приведении в исполнение решений по гражданским и коммерческим делам) и устанавливающие исключительную подсудность определенных

³² Сфера действия параграфа 29а ГПК несколько шире, чем пункта 3 параграфа 1030 ГПК, так как параграф 29а предусматривает исключительную компетенцию даже в отношении найма нежилых помещений. Это является дополнительным доказательством того, что немецкое право отличает правила об исключительной компетенции от правил арбитрабельности.

³³ См.: *Münch*, in: *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 2. Aufl. (2002), §1030 Rdz. 8.

³⁴ *Трунк А.* Объективная арбитрабельность споров и исключительная компетенция государственных судов по германскому праву // *Международный коммерческий арбитраж*. 2005. № 4. С. 128—129.

³⁵ *Трунк А.* Объективная арбитрабельность споров и исключительная компетенция государственных судов по германскому праву // *Международный коммерческий арбитраж*. 2005. № 4. С. 129.

споров государственным судам, исключают возможность передачи таких споров в третейский суд.

Между тем согласно ст. 1 (2) (d) данного Регламента данный акт в отношении третейских судов вообще не является применимым. Указанный документ лишь разграничивает полномочия государственных судов различных государств-членов, устраняя потенциальные споры о подсудности между государствами. Следовательно, его положения о том, что исключительной компетенцией независимо от домицилия сторон обладают «в области вещных прав на недвижимое имущество или аренды (найма) недвижимого имущества — суды того государства, на территории которого находится имущество» (цитата из Справки Президиума ВАС РФ), подразумевается разграничение компетенции именно между государственными судами различных государств, поскольку арбитраж прямо исключен из сферы применения данной Конвенции. Таким образом, ссылка на это положение не может быть использована в качестве довода для подтверждения позиции о том, что споры в области вещных прав на недвижимое имущество не являются арбитрабельными. Регулирование, действующее на уровне Европейского Союза, оставляет вопрос об арбитрабельности споров на усмотрение государств и, более того, органы ЕС подчеркивает значимость третейского разбирательства. Так, Комиссия Европейских Сообществ в своем документе от 21 апреля 2009 г. COM(2009) 175, инициирующем обсуждение вопроса о пересмотре Регламента Совета № 44/2001 о юрисдикции и признании и приведении в исполнение решений по гражданским и коммерческим делам (*Green paper*) указала: «Арбитраж является делом огромной важности для международной торговли. Арбитражным соглашениям следует придавать возможно наиболее полную силу и признание и приведению в исполнение арбитражных решений следует поощрять».

В качестве примера можно привести соотношение правил указанного Регламента с правом Германии (подчеркнуто ниже нами): «Также очень важны правила о международной исключительной компетенции, основанные либо на аналогичном применении правил территориальной компетенции, предусмотренных ГПК, либо на нормах отдельных международных договоров или законодательства Европейского Союза. Например, Директива ЕС № 44/2001 от 22 декабря 2001 г. о компетенции и признании и исполнении судебных решений по гражданско-правовым и коммерческим спорам (пришедшая на смену так называемой Брюссельской конвенции 1968 года) предусматривает некоторые случаи исключительной или полуисключительной компетенции (статья 22, а также статьи 8-14 — в отношении споров о страховании, статьи 15-17 — в отношении споров о защите прав потребителей, частично статьи 18-21 — в отношении трудовых споров).

Однако, как указывалось выше, такие правила об исключительной компетенции государственных судов (по определенным категориям споров, территориальной или международной) не рассматриваются в Германии в качестве запрета на передачу в арбитраж таких споров.

В то же время германская судебная практика и специальная литература выделяют отдельные случаи объективной неарбитрабельности споров, затрагивающих экономические интересы. Такими, например, являются споры из семейного права, по вопросам, связанным с действием патентов (за исключением споров о нарушении прав патентообладателей), и большинство дел, связанных с так называемой добровольной подсудностью (особое производство, например, споры с органами, ведущими Государственный реестр юридических лиц или недвижимости)³⁶. Также считаются неарбитрабельными некоторые корпоративные споры, хотя и в судебной практике, и в

³⁶ Однако даже в этих областях ведутся горячие дискуссии о том, могут ли такие дела быть переданы в арбитраж. См. Voit, in: Musielak (Hrsg.). Kommentar zur Zivilprozessordnung, 4. Aufl. (2005), §1030 Rdz.2 ff.

специальной литературе просматривается тенденция, направленная на сокращение их числа³⁷»³⁸.

2.1. Соответственно равным образом не являются основательными ссылки в Справке Президиума ВАС РФ (стр. 12) на то, что международные договоры с участием России (Соглашение о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности (Киев, 20 марта 1992 г.) и Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам (Минск, 22 января 1993 г.)) указывают на исключительную подсудность споров о недвижимости государственным судам по месту нахождения недвижимости и что ввиду этого такие споры арбитрабельными не являются.

3. Являются арбитрабельными споры в связи с недвижимостью и в других государствах.

3.1. США.

В настоящее время согласно Закону о защите прав потребителей в редакции от 21 июля 2010 г. действительно запрещается включать третейскую оговорку в договор ипотеки жилого недвижимого имущества, однако данное исключение распространяется лишь на сферу ипотеки **жилого** недвижимого имущества.

Суды США установили, что все коммерческие споры являются арбитрабельными, включая споры в рамках антимонопольного законодательства по вопросам международного характера, законодательства о ценных бумагах, интеллектуальной собственности, трудового законодательства и в том числе в сфере законодательства о защите прав потребителей³⁹.

В деле *Parsons & Whittemore Overseas Co. v. Societe Generale* суд указал, что неарбитрабельность может быть вызвана наличием особого национального интереса, однако для этого недостаточно лишь того чтобы вопросы, имеющие государственное значение, случайно фигурировали в деле о нарушении договорных обязательств: «сам по себе тот факт, что вопрос, имеющий национальное значение, может случайно возникнуть в ходе разрешения иска о нарушении договора, не делает спор неарбитрабельным, а неарбитрабельность касается [только] определенной категории требований, которые неарбитрабельны в силу особого интереса в их разрешении»⁴⁰.

3.2. Канада.

По праву Канады допускается арбитрабельность дел о залоге зданий (*construction liens*), как следует из *Ontario Construction Lien Act, Rule 62(6)(b)*: «Суд может разрешить любому лицу с законным правом удержания, ... (b) чей иск был приостановлен в силу приказа согласно Закону об арбитраже, вступить в дело, чтобы доказать требование в любое время до того, как сумма, реализованная в деле об удовлетворении права удержания будет распределена [...]»⁴¹. Это нашло подтверждение и в судебной практике, в частности, в деле *Automatic Sys. Inc. v. Bracknell Corp.*, 12 B.L.R.2d 132 (Ontario Court of Justice 1993)⁴².

³⁷ См.: Geimer, in: Zöller (Hrsg.). Kommentar zur Zivilprozessordnung, 23. Aufl. (2002), §1030 Rdz.9 ff.

³⁸ Трунк А. Объективная арбитрабельность споров и исключительная компетенция государственных судов по германскому праву // Международный коммерческий арбитраж. 2005. № 4. С. 130.

³⁹ *Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration* // Dr. Frank-Bernd Weigand eds., 2d ed. — Oxford University Press, 2009. P. 890.

⁴⁰ *Parsons & Whittemore Overseas Co. v. Societe Generale*, 508 F.2d 969 (2d Cir. 1974).

⁴¹ «(6) *The court may allow any person with a perfected lien, ... (b) whose action was stayed by reason of an order under the Arbitrations Act, to be let in to prove the claim at any time before the amount realized in the action for the satisfaction of the lien has been distributed, and where the claim is allowed, the judgment or report shall be amended to include the claim.*». *Construction Lien Act*, R.S.O. 1990, Chapter C.30: www.e-laws.gov.on.ca/html/statutes/english/elaws_statutes_90c30_e.htm#BK70.

⁴² *Automatic Systems Inc v. Bracknell Corp* (1994), 18 OR (3d) 257 / Canada: Ontario Court of Appeal (Morden A.C.J.O., Blair and Austin JJ. A.). [1994] 18 Ontario Reports (3rd) 257. <http://interarb.com/clout/clout183.htm>.

3.3. Австрия⁴³.

Согласно ст. 582 (1) Гражданского процессуального Кодекса 1895 г. любые споры, в основе которых лежит экономический интерес, являются арбитрабельными, за исключением тех споров, которые рассматриваются административными органами (например, Патентной Палатой). Соответственно, в число арбитрабельных споров входят и споры в связи с недвижимостью.

Споры в рамках антитрестовского законодательства арбитрабельны в том, что касается частноправовых средств защиты.

Вопросы семейного права и вопросы, связанные с договорами по Закону «О землевладельцах и арендаторах» или «Об ограничении прибыли, получаемой от жилья», также как и право кондоминимумов, являются неарбитрабельными (ст. 582 (2)).

3.4. Греция.

В соответствии со ст. 867 Гражданского процессуального кодекса практически все коммерческие споры являются арбитрабельными, в том случае если стороны свободно могут распоряжаться принадлежащими им правами по их усмотрению⁴⁴. Существуют исключения, которые распространяются на трудовые споры и вопросы наложения обеспечительных мер⁴⁵. Соответственно, споры в связи с недвижимостью по общему правилу могут разрешаться в третейском суде.

3.5. Испания.

Согласно ст. 2 (1) Закона «Об Арбитраже» 2003 г. действует общее правило о том, что те вопросы, которые могут быть свободно урегулированы правом и в отношении тех прав, которыми стороны могут самостоятельно распоряжаться, могут быть разрешены арбитражем⁴⁶. Прямых ограничений в отношении рассмотрения арбитражем споров в связи с недвижимостью не имеется и такие споры в принципе арбитрабельны.

В соответствии со ст. 10 указанного Закона арбитрабельны даже споры по завещаниям между бенефициариями или наследниками по завещанию (легатариями) по вопросам распределения или управления имуществом (в том числе недвижимым).

Кроме того, в последующем законопроекте о внесении поправок в Закон об арбитраже 2003 г. предлагалось ограничить использование государственного интереса в качестве основания для отказа в возможности рассмотрения спора арбитражем. В рамках предложенных поправок указывалось, что лишь **очевидное нарушение** государственного интереса может быть достаточным основанием для отказа в рассмотрении спора арбитражем⁴⁷.

3.6. Франция.

В ней неарбитрабельны только споры о правах, которыми стороны не могут распоряжаться: главным образом, семейные права (усыновление, расторжение брака и т.п.), вопросы правоспособности лиц. Третейская оговорка действительна в отношении любых профессиональных и иных договоров, как торгового так и неторгового характера (ст. 2061 ГК). Соответственно, могут разрешаться в третейском суде и споры в связи с недвижимостью.

Согласно п. 1 ст. 2060 ФГК вопросы, касающиеся статуса и правоспособности лиц, вопросы, связанные с разводами и сепарацией и в целом все вопросы государственного интереса (public policy) не могут быть представлены на рассмотрение третейского суда.

⁴³ Информация приведена по следующему изданию: *Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration* // Dr. Frank-Bernd Weigand eds., 2d ed. — Oxford University Press, 2009. P. 127.

⁴⁴ *Code of Civil Procedure of Greece*, Book VII, Articles 867-903, BOOK VIII, Articles 904-907, 918-919, (as amended by Law 2331/1995). www.kluwerarbitration.com/document.aspx?id=IPN24222.

⁴⁵ *Dispute Resolution Handbook 2010/11* Volume 2: Arbitration. Practical Law Publishing Ltd. 2010. P. 91.

⁴⁶ *Arbitration Act 2003* (Ley 60/2003 de 23 de diciembre, de Arbitraje) in effect from 26 March 2004. www.kluwerarbitration.com/document.aspx?id=ipn25908.

⁴⁷ www.mondaq.com/article.asp?articleid=108390.

Права человека, споры об отцовстве, разводы, то есть споры, которые в других системах представляют государственный интерес, также являются неарбитрабельными.

Однако арбитрабельными являются споры в связи с иностранными инвестициями, ценными бумагами⁴⁸.

3.7. Бельгия.

В ней неарбитрабельны только отдельные категории споров в связи с недвижимым имуществом, например о совместной собственности, о чем прямо указано в ст. 577-4 (§ 4) ГК (*Раздел I «Об обычной совместной собственности и о принудительной совместной собственности в общем»*): «Считается не написанной всякое положение законов, которое предоставляет одному или нескольким арбитрам юрисдикционное право разрешать конфликты, возникающие в отношении применения настоящего Раздела»⁴⁹.

Общее правило предусмотрено ст. 1676.1 ГПК Бельгии — арбитрабельными являются те споры, которые стороны могли разрешить самостоятельно. Так, неарбитрабельны некоторые вопросы внутреннего антимонопольного права и антимонопольного права ЕС⁵⁰.

Арбитрабельными являются корпоративные споры, в том числе споры о роспуске компании. Трудовые споры также являются арбитрабельными, если они представлены для рассмотрения арбитражем на основании соглашения сторон после возникновения спора (ст. 1678.2 ГПК Бельгии).

Споры о товарных знаках, патентах, дизайнах, авторском праве являются арбитрабельными⁵¹.

3.8. Польша.

Согласно ст. 1157 Гражданского процессуального кодекса «Если иное не указано в специальном нормативном акте, стороны вправе передать в арбитраж споры, касающиеся имущественных и неимущественных прав, по которым может быть достигнуто урегулирование в суде, за исключением споров о содержании ребенка».⁵² Таким образом, по общему правилу, любые гражданско-правовые споры о правах, которыми стороны могут распоряжаться, в том числе, о правах на недвижимое имущество, арбитрабельны.

Согласно Закону 2005 г. «Об арбитраже» количество арбитрабельных споров расширилось: «Новым Законом расширено понятие арбитрабельности. Законом установлено, что стороны могут передать в арбитраж с любой имущественный спор (это было закреплено и в старом Законе), а также неимущественный спор (что является

⁴⁸ *Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration* // Dr. Frank-Bernd Weigand eds., 2d ed. — Oxford University Press, 2009. P. 431.

⁴⁹ SECTION I. — DE LA COPROPRIETE ORDINAIRE ET DE LA COPROPRIETE FORCEE EN GENERAL. Art. 577-4 §4: «4. Est réputée non écrite, toute clause des statuts qui confie à un ou plusieurs arbitres le pouvoir juridictionnel de trancher des conflits qui surgiraient concernant l'application de la présente section». www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/loi_a1.pl?DETAIL=1804032131%2FF&caller=list&row_id=1&numero=7&rech=14&cn=1804032131&table_name=LOI&nm=1804032151&la=F&dt=CODE+CIVIL&language=fr&fr=f&choix1=ET&choix2=ET&fromtab=loi_all&trier=promulgation&chercher=t&sql=dt+contains++%27CODE%27%26+%27CIVIL%27and+actif+%3D+%27Y%27&tri=dd+AS+RANK+&imgcn.x=40&imgcn.y=7#LNKR0012.

Также доступно на английском языке по адресу: Belgian Judicial Code, Sixth Part: Arbitration (Adopted 4 July 1972, amended 27 March 1985 and 19 May 1998) / available at www.kluwarbitration.com/document.aspx?id=IPN80052.

⁵⁰ *Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration* // Dr. Frank-Bernd Weigand eds., 2d ed. — Oxford University Press, 2009. P. 190.

⁵¹ *Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration* // Dr. Frank-Bernd Weigand eds., 2d ed. — Oxford University Press, 2009. P. 191.

⁵² Art. 1157 Part V (Arbitral Court): «Unless otherwise provided by a specific regulation, the parties may submit to arbitration disputes regarding property rights and non-property rights which may be subject to a judicial settlement, excluding cases for support [alimenty]». Polish Civil Procedure Code — Act of 17 November 1964 (valid from 25 September 2010) / <http://arbitration-poland.com/legal-acts/130.polish.civil.procedure.code-.act.of.17.november.1010.html>.

нововведением), который может являться предметом судебного урегулирования, за исключением споров, касающихся алиментов. Таким образом, стороны могут передать на рассмотрение в арбитраж любые вопросы, по которым они обладают свободой действий и споры по которым могут урегулировать посредством мирового соглашения в суде. Принятым Законом прямо предусмотрено рассмотрение в арбитраже корпоративных споров, а также споров с участием кооперативов и организаций. К компетенции арбитража отнесены и трудовые споры, ранее полностью исключенные из сферы арбитража правилом, согласно которому они могли быть предметом арбитража лишь при определенных условиях⁵³.

3.9. Румыния.

Согласно ст. 340 действующего Гражданского процессуального кодекса в порядке третейского разбирательства могут рассматриваться любые споры кроме тех, в отношении которых закон не позволяет заключать мировое соглашение⁵⁴.

Закон не запрещает заключение мирового соглашения по спорам в связи с недвижимостью (однако есть некоторые специфичные исключения из этого правила, например, когда речь идет о публичных закупках, затрагивающих права на недвижимость).

Таким образом, можно сделать вывод, что такие споры могут быть разрешены в порядке арбитражного разбирательства.

В 2010 году был принят новый ГПК, который еще не вступил в силу. Он предусматривает следующее в ст. 540 (2): «В случае, если арбитражное соглашение относится к спору, связанному с переходом права собственности и/или установлением иного вещного права на недвижимость, такое соглашение подлежит нотариальному удостоверению. В противном случае оно является ничтожным».

Хотя данная норма и устанавливает дополнительное требование к арбитражному соглашению, она прямо предусматривает арбитрабельность таких споров.

3.10. Швеция.

В этой стране арбитрабельности споров дается широкое толкование. Шведский закон об арбитраже, вступивший в силу в 1999 г., направлена на поощрение развития третейского разбирательства в этой стране, являющейся сегодня одним из международных арбитражных центров. «Закон основывается на том же принципиальном определении арбитрабельности, которое было включено в предыдущий закон, а именно: арбитрабельным признается любой спор, который стороны вправе разрешить путем мирового соглашения.

Закон (ст. 1) тем не менее содержит новые положения, которые расширяют полномочия арбитража за пределы юрисдикции судов. Во-первых, закрепляется арбитрабельность споров об установлении отдельных фактов. Во-вторых, арбитры вправе восполнять пробелы в контрактах. Наконец, новое положение, внесенное в последнее предложение статьи 1, уполномочивает арбитров выносить решения о гражданско-правовых последствиях действия законодательства о конкуренции для отношений между участниками арбитражного процесса»⁵⁵.

Споры в связи с недвижимостью в Швеции также арбитрабельны, как и ряд корпоративных споров.

⁵³ Каколецкий А., Новачек П. Новый польский закон об арбитраже // Международный коммерческий арбитраж. 2007. № 4. С. 49.

⁵⁴ Article 340: «Persons possessing the full capacity to exercise their rights may agree to settle disputes relating to financial interests (patrimonial disputes) by arbitration, except those regarding rights concerning which the law does not allow to conclude a compromise» // Civil Procedure Code of Romania Dec. 1, 1865 / www.kluwerarbitration.com/document.aspx?id=IPN12366 (доступ при наличии пароля).

⁵⁵ Хобер К. Арбитражная реформа в Швеции // Международный коммерческий арбитраж. 2004. № 1. С. 58.

Но из общего благоприятного для арбитрабельности споров подхода имеются и исключения, например, в ст. 6 указанного закона: *«Арбитражное соглашение между предпринимателем и потребителем в отношении споров о товаре, услуге или ином благе, предназначенном для личного потребления, является недействительным, если оно было заключено до возникновения спора. Наряду с этим арбитражное соглашение является действительным в отношениях найма и аренды, если посредством такого соглашения установлено, что функции состава арбитража будут выполняться комиссией по делам найма и аренды, и если иное не следует из положений статьи 28 Главы 8 или статьи 66 Главы 12 Земельного кодекса.*

Часть первая настоящей статьи не применяется, если спор возник между страховщиком и страхователем в отношении договора страхования, основанном на коллективном договоре или на групповом договоре, который находится в ведении представителя группы. Часть первая настоящей статьи также не применяется, если иное установлено международными договорами Швеции».

Применительно к Справке Президиума ВАС РФ можно еще отметить следующее:

4. Первые две страницы Справки, посвященные вопросу о необходимости различать природу государственного суда и третейского суда, содержат общеизвестные сведения⁵⁶. Сегодня никто в наличии такой необходимости не сомневается.

5. Указание на то, что в ст. 6 Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик 1961 г.⁵⁷ (*«Защита гражданских прав осуществляется в установленном порядке судом, арбитражем или третейским судом...»*) обобщающее понятие «суд», в отличие от п. 1 ст. 11 ГК, не использовался (стр. 2 Справки), нельзя считать корректным для целей обоснования неконституционности использования в п. 1 ст. 11 ГК РФ такого обобщающего понятия.

Во-первых, в СССР институт третейского разбирательства надлежащим образом не развивался ввиду именно отсутствия в гражданском праве СССР тех диспозитивных начал, которые закреплены в ГК РФ и обладают отдельной конституционной значимостью. Будь иначе, то нельзя было бы исключать, что обобщающее понятие «суд» использовалось бы уже тогда.

Во-вторых, арбитраж в СССР (на основе которого в 1991 г. были сформированы российские государственные арбитражные суды), как известно, не являлся судом, а входил в систему органов исполнительной власти. Это также обуславливало отсутствие необходимости использовать обобщающее понятие «суд» в ст. 6 Основ гражданского законодательства СССР 1961 г.

Можно также усмотреть немалую иронию в том, что ВАС РФ, возникший на основе системы советского арбитража (которая не входила в состав государственной судебной системы СССР, но все же осуществляла защиту гражданских прав), сегодня, обладая статусом элемента государственной судебной системы России, утверждает, что использование в п. 1 ст. 11 обобщающее понятие «суд» в отношении и третейских судов создает для государственных арбитражных судов неопределенность и сложности.

Это все равно как если бы в 1961 г. Верховный Суд СССР задался вопросом, а не нарушает ли Конституцию СССР указание в ст. 6 Основ гражданского законодательства СССР 1961 г. сначала на суд, а потом на арбитраж, поскольку в этой очередности можно усмотреть отождествление судебных органов власти и органов исполнительной власти.

6. Равным образом упоминание о том, что Указ Президиума Верховного Совета СССР от 21 июня 1988 г. «О признании и исполнении в СССР решений иностранных

⁵⁶ Подкрепляемые ссылкой даже на Законы XII таблиц и мнения отечественных авторов, чьи работы известны в гораздо меньшей степени, нежели труды иных признанных специалистов, которые, однако, не упоминаются.

⁵⁷ В Справке они ошибочно называются «Основами гражданского законодательства СССР».

судов и арбитражей»⁵⁸ выделял два различных института — суд и арбитраж (стр. 2 Справки), нельзя считать корректным для целей обоснования неконституционности использования в п. 1 ст. 11 ГК РФ обобщающее понятие «суд».

Как известно, задача данного Указа как раз и состояла в том, чтобы создать разные режимы признания и/или приведение в исполнение в СССР различных правоприменительных актов, т.е. решений иностранных государственных судов и решений иностранных третейских судов. Само собой разумеется, что ввиду этого в Указе суды и арбитражи не могли не противопоставляться.

7. Некорректна для целей обоснования неконституционности использования в п. 1 ст. 11 ГК РФ обобщающее понятие «суд» также и ссылка в Справке (стр. 2) на то, что в ст. 6 Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г. применительно к третейским судам такое же общее понятие не использовалось.

Во-первых, Основы 1991 г. не достигли того уровня диспозитивности и юридической проработанности, которым характеризуется ГК РФ.

Во-вторых, Основы 1991 г. разрабатывались в расчете на то, что в каждой республике будет действовать свой собственный ГК, ввиду чего в тот особый исторический период не являлось целесообразным при помощи общих понятий ограничивать республики в возможности установить дифференциацию в правовом регулировании порядка рассмотрения частноправовых споров.

8. Указание в Справке на то, что в иностранных государствах даже терминологически проводится явное различие между судом (court) и третейским судом (arbitration) (стр. 3), далеко от действительности.

Достаточно сказать, что в Париже при Международной торговой палате существует специальный третейский суд: Международный арбитражный суд (International Court of Arbitration). В Лондоне еще с XIX в. функционирует третейский институт, который сегодня известен как Лондонский международный арбитражный суд (London Court of International Arbitration).

При этом в самой Справке допущена логическая непоследовательность: сначала в качестве примера названия на немецком языке государственного суда приводится понятие «Gericht», а затем немедленно в качестве примера названия на немецком языке третейского суда приводится понятие «Schiedsgericht».

9. Указание в Справке на то, что «*В ряде государств законодатель прямо закрепляет категории неарбитрабельных споров не в процессуальном законодательстве, а в законодательстве о третейских судах (арбитраже)*» (стр. 3) явно имеет целью подтвердить якобы неконституционность нормы ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» и Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже», в которых не имеется исчерпывающего перечня категорий споров, которые могут или не могут быть переданы на рассмотрение третейских судов.

Между тем с конституционной точки зрения не имеет значения, где закреплять соответствующие правила о неарбитрабельности споров: в процессуальном законодательстве или же в законодательстве о третейских судах, учитывая необходимость в любом случае оценивать нормы любых законов в их системной связи, на что неоднократно указывал КС РФ.

10. Указание в Справке на то, что специалисты указывают на значительную схожесть подходов в различных государствах к проблеме закрепления определенных споров в исключительной компетенции национальных государственных судов (стр. 3), также не вполне соответствует действительности.

Оно верно в том отношении, что в каждой стране признается необходимость определенных виды споров считать неарбитрабельными и что в число таких споров должны входить споры с публичными элементами или затрагивающими публичный

⁵⁸ В Справке они ошибочно называются «Основами гражданского законодательства СССР».

интерес. Однако различные государства в зависимости от преследуемых ими целей по-разному понимают, что есть публичный элемент или публичный интерес и, как видно из сказанного выше в п. 3 настоящей Справки, те споры, которые в одном государстве считаются неарбитрабельными, в другом могут передаваться в третейские суды.

Вывод: приведенные в Справке сведения являются либо общеизвестными (в части вопроса о необходимости различать природу государственного суда и третейского суда) либо не вполне корректными для целей обоснования неконституционности п. 1 ст. 11 ГК РФ, п. 1 ст. 33 ФЗ «Об ипотеке (залоге) недвижимости», норм Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже», норм ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации», а также ст. 28 ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним», либо даже недостоверными в отношении вопроса об арбитрабельности различных видов споров.