

КОНКУРС ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИХ РАБОТ «НОВЫЙ ВЗГЛЯД НА РАЗРЕШЕНИЕ СПОРОВ» | 2022

Верховенство согласия: отечественный взгляд на соотношение материального правопреемства и перехода арбитражной оговорки через призму компаративного восприятия

Арсений Шевелев, Георгий Шевелев

В статье подробно обосновывается безусловная роль согласия лица на арбитражную оговорку как основания для существования оговорки и её перехода по любому типу правопреемства. Наряду с консенсуальной сущностью арбитражной оговорки, авторы подвергают исследованию различные измерения природы арбитражной оговорки, в рамках которого рассматриваются теории материального и процессуального характера арбитражной оговорки, а также различные позиции на счет местоположения арбитражной оговорки по отношению к материальному праву, относительно которого она устанавливается. В результате проведенного исследования, авторы приходят к выводу о необходимости разработки новой теории арбитражной оговорки, способной логически последовательно объяснить правопреемство по оговорке и его связь с материальным правопреемством, и предлагают концепцию арбитражной оговорки как юрисдикционного эффекта, накладывающего отпечаток на материальное право.

I. Согласие сторон и правопреемство: сиамские близнецы арбитража

Краеугольным камнем арбитража является согласие сторон на передачу спора на рассмотрение арбитража¹. Согласие является той самой центральной точкой, относительно которой, как окружность, выстраивается вся третейская система, стягиваемая радиусами необходимости уважения воли и решимости сторон к арбитражу. Не будет преувеличением сказать, что договорная или, иначе говоря, консенсуальная природа арбитража является общепризнанной. И хотя согласие в арбитраже приобрело характер трюизма, избитой и самоочевидной истины, ему зачастую придается парадоксально малое значение, как будто бы в результате естественности и общеупотребительности принцип согласия обесценился, отошел на второй план. Подобный недальновидный подход, в особенности в контексте исследований о связи материального правопреемства с правопреемством по арбитражной оговорке, представляется нам в корне неверным.

Арбитражная оговорка, переходящая по правопреемству, представляет собой отказ сторон от фундаментального права на разрешение спора тем судом, к подсудности которого дело отнесено законом, и такой отказ может быть оправдан лишь свободно сформированной волей лица, выражаемой в форме согласия². Соответственно, из принципа согласия не может быть

исключений, и его всегда должно принимать во внимание³. На практике это выражается в том, что для действия арбитражной оговорки недостаточно просто установить факт её материально-правовой наличности, но необходимо, с конституционно-правовой точки зрения и с позиций принципа согласия, оценить легитимность отказа стороны от юрисдикции государственных судов⁴. В связи с тем, что при действительном правопреемстве по оговорке на правопреемника будет распространяться дерогационный эффект оговорки в той же мере, как если бы он её сам заключал, без согласия правопреемника на переход к нему оговорки любые попытки обязать его к арбитражу будут тщетны.

Конечно, существует соблазн рассматривать вопрос о правопреемстве по оговорке отвлеченно, придавая минимальное, если вообще какое-либо, значение согласию как основанию арбитража. У этого может существовать даже весьма правдоподобное, хотя от этого ни капли не правдивое, обоснование, заключающееся в том, что согласие вовсе не является обязательным реквизитом для действия связывающей силы оговорки, и из согласия якобы существуют исключения, ярчайшим доказательством которых могут служить законы, подчиняющие спор арбитражному порядку в условии совершенного отсутствия любого арбитражного соглашения между сторонами. Проще говоря, само существование законов, позволяющих обязательный арбитраж⁵, являет собой зеленый свет для антиконсенсуалистов, освобождающий от необходимости исследовать наличность согласия, как постороннего по отношению к существу дела феномена, ведь связанность оговоркой может быть констатирована в отсутствии согласия. Однако данная логика, имеющая мало общего с корректной, опирается на зыбкое основание.

В российском праве действительно существуют нормативные акты, претендующие на то, чтобы учреждать арбитражный порядок разрешения споров непосредственно на основании своих собственных предписаний, помимо и вопреки воли сторон соответствующих договорных отношений. Среди данных документов, все из которых относятся к международным договорам, возможно назвать Общие условия поставки товаров внешнеторговыми организациями СССР и КНДР⁶, закрепляющие положение об арбитраже в параграфе 81, а также Общие условия поставки товаров между СССР и КНР⁷, которые содержат схожее положение об арбитраже в параграфе 52. Кроме того, к данным актам относится и Московская конвенция 1972 года⁸, официальное название которой довольно кратко и емко отражает цель принятия Конвенции, не оставляя никаких сомнений, что ею будет предусматриваться обязательный арбитраж.

Причине единства данных актов сложно позавидовать, ведь они все отличаются ни с чем не спутываемой советской генеалогией и характерным шлейфом планово-командной экономики. Вероятно, именно подобная наследственность и служит объяснением того незамысловатого порядка споров, который предусматривается данными актами. А именно, в указанных актах предлагается, что все споры, которые возникают между организациями данных стран в процессе взаимоотношений, подлежат рассмотрению в арбитражной комиссии страны, в которой находится организация-ответчик. Соответственно, данное императивное положение, содержащееся в международном договоре, делает ненужной или даже недействительной арбитражную оговорку, которая согласована сторонами самостоятельно.

Суды по-разному реагировали на данные акты в целом, и содержащиеся в них положения об обязательном арбитраже в частности. Так, адресуя вопрос силы положения об арбитраже, закрепленного в Московской конвенции, МКАС счел в одном из своих решений, что стороны, действуя на основании автономии воли, имеют возможность отклониться от Конвенции и составить свою собственную, отличающуюся арбитражную оговорку⁹. Остается, однако, непонятным, принято ли данное решение на основании положений самой Конвенции, лишь истолкованной соответствующим образом, или же МКАС полагает в принципе необязательным соблюдение данной Конвенции. В мириадах других решений, которые, насколько возможно судить, составляют абсолютное большинство, МКАС решительно придерживался необходимости соблюдения положений Конвенции, указывая на то, если стороны относятся к странам, в отношении которых действует Конвенция, то допустимо применение её положений об арбитраже¹⁰. В своем рвении соблюдать Конвенцию МКАС даже доходил до абсурда, откровенно

избыточно цитируя положения Конвенции об арбитраже, хотя совершенно тождественная оговорка содержалась в добровольно заключенном договоре сторон¹¹. Очерчивая субъективные пределы положений об обязательном арбитраже, один из составов арбитража указанной именной институции подчеркнул, что ограничительное толкование Конвенции, заключающееся в том, что она не может распространяться на частных лиц, так как они не являются «хозяйственными организациями» по смыслу Конвенции, является недопустимым, парировав банку, что он является юридическим лицом и осуществляет хозяйственную деятельность, а, поэтому, по определению является хозяйственной организацией и связан арбитражем непосредственно в силу Конвенции, независимо от отсутствия между ним и контрагентом арбитражных оговорок¹².

Подобное толкование открывало дверь для широкого, почти неограниченного применения Конвенции, что пагубно сказалось на праве сторон вступать в арбитражные оговорки. Так, основываясь на положении Московской конвенции, МКАС, при оценке силы оговорки сторон, пришел к неумолимому выводу, что сам факт отклонения оговорки от Конвенции делает оговорку недействительной, в связи с чем отказал в признании своей собственной компетенции на рассмотрение спора¹³. МКАС последовательно придерживался подхода о недопустимости согласования оговорок, противоречащих Конвенции¹⁴, допустив исключение лишь в одном случае, когда признание оговорки недействительной – в контексте того, что арбитраж, который уполномочен согласно Конвенции, традиционно отказывался от своей компетенции на основании неё – способно повлечь «лишение сторон права на арбитражное рассмотрение спора, ... гранич[ащее] с отказом в правосудии»¹⁵. Недобровольный характер арбитража, видимо, был последней вещью, которая могла бы породить возмущение в арбитражах¹⁶.

Схожую с Московской конвенцией судьбу разделяют и положения об обязательном арбитраже, закрепленные в Общих условиях поставки товаров как с КНДР, так и с КНР. Практика в целом благосклонна к использованию положений указанных нормативных актов, обосновывая их применение правопреемством России в отношении тех обязательств, которые порождались международными договорами для СССР¹⁷. Так, МКАС, интерпретируя положения об арбитраже, содержащиеся в договоре с КНДР, указал, что отклонение сторон от арбитражного порядка, предусмотренного международным договором, допустимо лишь тогда, когда основание для подобного отклонения предусмотрены в самом международном договоре (а именно, состав арбитража посчитал, что под таковыми основаниями могут пониматься специфика поставляемого товара или особенности его поставки)¹⁸. Касательно договора с КНР, МКАС также признавал силу его положений относительно арбитража и, закономерно, свою компетенцию непосредственно на их основании¹⁹. Причем в данном случае МКАС неодинок, так как государственными судами неоднократно подчеркивалась необходимость обращения сторон в арбитраж в соответствии с Общими условиями поставки товаров с КНР²⁰. Лишь в редких делах указывалось, что данные общие условия поставки неприменимы, при этом основанием для подобных умозаключений был вовсе не анализ положений об арбитраже, а сугубо техническая констатация спорного тезиса о том, что данные договоры неприменимы по международно-правовым основаниям, связанным с отсутствием воли РФ на правопреемство относительно них²¹.

Мы полагаем, что положения любых нормативных актов (и, в том числе, вышеперечисленных)²², которые императивно предписывают сторонам обратиться к арбитражу, являются недопустимыми и недействительными как в силу того, что они противоречат самой природе третейского разбирательства, сердцевиной которого является согласие²³, так и праву на судебную защиту, требующему добровольного отказа сторон от государственного суда. Причем не лишним будет заметить, что согласие должно пониматься адекватным и разумным образом, а не интерпретироваться столь фривольно, что от согласия, в сухом остатке, будет оставаться лишь приятный глазу словесный ярлык²⁴. Химера обязательного арбитража, будучи разрушительным творением давно отжившей себя эпохи, в настоящее время представляется абсолютным анахронизмом, который, всё же, служит отличным напоминанием того, что когда

возникает хотя бы тень вопроса о разрешении спора в арбитраже, непременно следует найти и положительно установить наличие согласия лиц на передачу спора в арбитраж²⁵.

Сложившаяся практика ЕСПЧ по вопросам арбитража в целом, а также обязательного арбитража²⁶ в частности, тоже свидетельствует в пользу существенного значения свободного согласия лица для подчинения его арбитражной юрисдикции²⁷. Естественным свойством добровольного арбитража является то, что стороны, передававшие спор на третейское рассмотрение, считаются отказавшимися от тех гарантий, которые им предоставляются ст. 6 Европейской конвенции о правах человека и основных свободах²⁸. В то же время, стороны уполномочены в полной мере на осуществление и реализацию всех прав и гарантий, предоставленных данной статьей, в случае, если они принуждены к арбитражу в силу закона либо иного нормативно-правового акта²⁹, так как в подобном случае арбитраж, за отсутствием согласия сторон, является сходным с государственным судом, учрежденным законом.

Практическим отражением позиции ЕСПЧ является то, что обязательный «арбитраж» становится двойником государственного суда, ибо, в отсутствие отказа сторон от гарантий ст. 6 Европейской конвенции, лишь тогда предписанный арбитраж будет признан допустимым согласно Конвенции, когда им применяются процессуальные правила, сходные с правилами обычных государственных судов, а также когда применим порядок обжалования ошибок в применении права, близкий к государственным судам³⁰. В свою очередь, если подобные гарантии не предоставляются при рассмотрении спора в обязательном арбитраже, - т.е. когда арбитраж, скорее, похож на самый обычный, известный каждому арбитраж, со всеми присущими ему особенностями и отличиями, из-за которых стороны отдают приоритет арбитражу, - то такой арбитраж не будет удовлетворять критериям, выработанным ЕСПЧ, и не переживет применение к нему стандартов ст. 6 Европейской конвенции³¹.

Значительно более жесткий стандарт, применимый к праву на судебную защиту, возможно вывести из решений Конституционного Суда. В отличие от ЕСПЧ, который, акцентируя внимание на пониженном уровне процессуальных гарантий, предоставляемых сторонам в арбитраже, исповедует инструментальный подход к согласию как средству легитимации ослабления конвенционных прав на судебную защиту, КС строго придерживается аксиологической автономии права на рассмотрения дела в том суде и тем судьей, к подсудности которых оно относится законом, что является катализатором для далекоидущих выводов относительно последствий несоблюдения законной подсудности. Так, в своем Определении по запросу Новооскольского районного суда Белгородской области³² КС пришел к выводу, что сам факт нарушения правил подсудности является фундаментальным нарушением, которое не может быть устранено иначе как путем передачи дела подсудности. Высокие судьи отметили, что буквальное толкование закона, требующее от суда апелляционной инстанции в случае подобного нарушения самому в полном объеме и в соответствии с законом пересмотреть неправосудное решение, искажает саму суть правосудия. Применительно к случаю рассмотрения дела арбитражем в отсутствие согласия это означает, что независимо от того, насколько высокие – и даже, чудесным образом, более высокие, чем в государственных судах - процессуальные гарантии права на справедливое судебное разбирательство будет предоставлять сторонам арбитраж, его процедурно безупречное решение во всяком случае будет подлежать безусловной отмене, т.к. в отсутствие согласия сторон, конституирующего дерогационный эффект, дело не будет считаться отнесенным к «подсудности» арбитража, и будет, соответственно, рассмотрено не тем судом и не тем судьей, к подсудности которых относится дело согласно закону. Таким образом, помимо согласия сторон, решение арбитража никогда не будет признано законным по российскому праву, и едва ли такая нелепая отговорка, как материальное правопреемство, сможет убедить в обратном хотя бы одного судью, перед глазами которого будет предстать ясный и неоспоримый авторитет Конституции и решений КС, интерпретирующих её.

Приведенный анализ отношения судов к обязательному арбитражу – арбитражу в отсутствие согласия – невольно наводит на мысль, что попытки предопределять правопреемство по

оговорке исключительно материальным правопреемством, придавая забвению принцип согласия сторон на арбитраж, чреватый высоким риском передачи спора на рассмотрение неуполномоченного форума, решение которого, нарушая фундаментальные права сторон на судебное разбирательство, будет порочным и обреченным на безусловную отмену судебным органом, ревностно охраняющим конституционные права и свободы граждан и юридических лиц. Следовательно, при решении вопроса о правопреемстве по оговорке, первоочередной задачей следует признать возведение оговорки к явному и недвусмысленному согласию сторон, в отсутствие которого рассмотрение дела арбитражем немислимо.

II. Влияние природы арбитражного соглашения на правопреемство

A. Местоположение арбитражного соглашения в материально-процессуальной дихотомии как предикат вопросов правопреемства

Впрочем, не согласием единым живо арбитражное соглашение. Колоссальное значение при решении вопроса о правопреемстве по арбитражному соглашению придается также его юридическому характеру и правовым свойствам. Не претендуя на всеобъемлющий и исчерпывающий анализ существующих воззрений на природу арбитражного соглашения, мы рассмотрим некоторые наиболее примечательные теории, способные внести свою лепту в расширение границ понимания категории правопреемства по оговорке.

Согласно одной из наиболее популярных теорий, арбитражное соглашение имеет материально-правовую природу³³. Не мудрствуя лукаво, следует сразу обнаружить, в чем же заключается преследуемая цель проponentов данной теории: в контексте корреляции материального правопреемства с правопреемством по оговорке, сторонники материально-правовой природы стараются, во-первых, освободить себя от необходимости обоснования допустимости правопреемства по оговорке в принципе, ведь трудно найти такого смельчака, который бы дерзнул утверждать, что материальному праву не свойственно правопреемство – приведение доказательств в обосновании столь маргинальной позиции явно бы было непосильной ношей, во-вторых, разрешить себя от уз нужды обоснования отдельного состава правопреемства по оговорке, т.к. он будет совпадать с составом правопреемства по материальному праву, относительно которого была установлена оговорка. Впрочем, само словосочетание «материально-правовая природа» третейской оговорки является слишком резким, не способным отразить то богатство правоотношений, которое вмещает в себя такое явление, как арбитражное соглашение. Поэтому в практике говорят о «материально-правовом эффекте»³⁴, «материально-правовом характере»³⁵ или «материально-правовых признаках»³⁶ третейского соглашения, не забывая, при этом, уточнить, что этим эффектом, признаком или характером третейское соглашение не ограничивается, тем самым подчеркивая смешанную природу арбитражной оговорки³⁷. Позиция, согласно которой арбитражное соглашение является сугубо материально-правовым, является редкой до степени статистической погрешности, и поражает своей курьезностью – так, Десятый ААС, обосновывая данное положение, указал, что «для признания правоотношения процессуальным в нем должен участвовать суд», а любые «внесудебные отношения и действия» относятся не к процессуальным, а к «юридическим процедурным»³⁸.

Не оспаривая по существу материально-правовой природы арбитражного соглашения, стоит заметить, что она мало что способна – если вообще способна – изменить или объяснить в контексте правопреемства³⁹. Вероятно, это интуитивно близко и самим судам, заявляющим о материально-правовом эффекте оговорки, так как эти суды не стремятся раскрыть, в чем же конкретно заключается материально-правовое обязательство одной стороны по отношению к другой. Даже если допустить, что любая оговорка подразумевает взаимную гражданско-правовую обязанность совершить действия по передаче спора в арбитраж, а также воздерживаться от уклонения арбитража посредством любого поведения (в том числе посредством заявления исков в суд), то и в таком случае ощущается недостаток объяснительной силы в подобной логике, так как оговорка не будет исчерпываться материально-правовым обязательством, но также будет включать в себя распорядительный акт относительно подсудности, имеющий юрисдикционный характер, который будет независим от оговорки,

понимаемой как материальное обязательство. Поэтому даже если сторонники материально-правовой природы добьются своего и подтвердят правопреемство по материально-правовому соглашению, то неразрешенным остается вопрос о юрисдикционном соглашении, ибо далеко не очевидно, что оно, по необъяснимым причинам, вдруг последует за материально-правовым соглашением. В свою очередь, отдельный переход третейской оговорки как гражданско-правового обязательства является априори абсурдным, т.к. без перехода юрисдикционного соглашения будет объективно отсутствовать арбитраж, правомочный рассматривать спор сторон, обращение в который является предметом активного обязательства сторон, а в отсутствии такого арбитража негативное обязательство сторон по воздержанию от предъявления исков в государственный суд становится ничтожным, т.к. оно, фактически, будет тождественно недопустимому полному отказу от права на суд, хотя законом допускается лишь отказ от права на государственный суд в пользу арбитража как эффективной альтернативы государственному суду.

Аморфность, шаткость и заведомая компромиссность конструкции арбитражного соглашения как относящегося к сфере материального права была и будет благодатной почвой для концепций с абсолютно полярной догматикой, всецело обращенной к обоснованию процессуальной природы арбитражной оговорки⁴⁰. Объяснение того, в чем непосредственно заключается процессуальная природа арбитражной оговорки, является достаточно сложной задачей, по крайней мере, с позиций российской судебной практики, т.к. едва ли не все суды в своих решениях ограничиваются простой констатацией того, что оговорка имеет процессуальную природу. Впрочем, на основании скупой судебной практики, возможно прийти к некоторым выводам. Так, АС МО, исходя из телеологии оговорки, находил единственно удовлетворительной процессуальную теорию арбитражного соглашения, так как «целью третейского соглашения является не достижение материально-правовых последствий, а избрание порядка разрешения споров»⁴¹. Пятнадцатый ААС, подчеркивая процессуальную природу оговорки, утверждал, что оговорка как право на иск является «самостоятель[ым] правом, тяготеющ[им] к сфере публичного права»⁴², т.е. обнаруживал процессуальность оговорки в том, что она относится к процессуальному праву, являющемуся публичным.

Как и в случае с материальной природой, признание процессуальной природы третейского соглашения направлено на вполне конкретную цель. Процессуальный характер оговорки, по убеждению апологетов настоящей теории, делает невозможным признание оговорки элементом, условием или составной частью материально-правовых обязательств⁴³, что исключает автоматическое распространение материального правопреемства на оговорку как на часть материальных прав⁴⁴. В данной логике наиболее интересной составляющей является не та, что лежит на поверхности и заключается непосредственно в высказанном тезисе, но та, что сокрыта в недосказанном. В сущности, суды умалчивают о той предпосылке, которая имманентна их идее, которая является её *conditio sine qua non*. Этой таинственной предпосылкой, безусловно, является принцип гомогенности субъективного права, т.к. процессуальный характер оговорки никогда бы не мог стать препятствием для признания оговорки элементом гетерогенного субъективного права, которое может состоять как из материально-правовых, так и из процессуально-правовых правомочий. Если процессуальная природа арбитражной оговорки – в силу её юрисдикционного преобразовательного воздействия – является очевидной и бесспорной⁴⁵, то гомогенность субъективного права, которой отведена решающая роль при обосновании отсутствия правопреемства, является продуктом произвола и изобретением неискушенного в вопросах права сознания судов, которые слепо верят в наличие невидимого и непреодолимого водораздела между материальным и процессуальным, делающим невозможным сосуществование соответствующих элементов в рамках единого правоотношения. Держа это в уме, сложно удивляться, что те суды, которые были путеводимы верной трактовкой процессуальной теории арбитражной оговорки, а не её извращенной вариацией, не видели никаких препятствий в том, чтобы квалифицировать оговорку в качестве соглашения, имеющего процессуальную природу и, в то же время, допустить тесную взаимосвязь процессуальной оговорки с материальным правом, обуславливающую корреспондирующее воздействие материального правопреемства на правопреемство по оговорке⁴⁶.

Продолжая разбираться с тонкостями процессуальной квалификации арбитражного соглашения, возможно встретить еще один наспех сооруженный «неприступный» бастион, который может послужить преградой для перехода арбитражной оговорки, заключающийся в особом подходе, избранном в российской практике относительно вопросов процессуального правопреемства. Если полагать, что права и обязанности по третьей оговорке имеют процессуальную сущность, тогда их переход будет напрямую попадать под определение процессуального правопреемства⁴⁷. С этого момента могут возникнуть определенные проблемы с корреляцией материального правопреемства и правопреемства по оговорке, ибо суды методично создают искусственный разрыв между материальным и процессуальным правопреемством. Так, в Постановлении КС по делу Болчинских⁴⁸ указывалось, что материальное правопреемство является лишь основанием для процессуального правопреемства, однако его непосредственной причиной является соответствующее постановление суда о процессуальном правопреемстве. Из этого впоследствии выводилось, что «правопреемство в материальном праве ... само по себе не порождает (автоматически и безусловно) процессуальное правопреемство»⁴⁹.

Думается, что подобный взгляд на соотношение материального и процессуального правопреемства является в корне неверным, так как содержит внутреннее противоречие. Если материальное правопреемство само по себе не влечет корреспондирующих последствий в области процессуальных правоотношений, то может возникнуть нежелательная и всесторонне бессмысленная ситуация расщепления материально-правового статуса и процессуально-правового положения, при которой материальные права, которые затруднительно реализовать в отсутствие соответствующего процессуального порядка, будут принадлежать одному лицу, в то время как другое лицо будет довольствоваться процессуально-правовым огрызком, положительно непригодным, без коррелирующего материального права, к любому использованию. Следовательно, должно почитать бесспорным и единственно гармонирующим с велениями здравого смысла такой порядок, при котором ни в одну секунду материальное правопреемство не может не отразиться в правопреемстве в процессуальном измерении, и что сам факт материального правопреемства должен автоматически порождать правопреемство процессуальное⁵⁰. Для целей настоящей работы это означает, что очередное якобы существующее различие, оправдывающее споры о природе арбитражного соглашения, на самом деле не имеет значения для соотношения правопреемства по материальным правам и по арбитражной оговорке.

В качестве подытога отметим, что вышерассмотренные воззрения на природу арбитражного соглашения являются исключительно проекцией предрассудков отдельных теоретиков и судов, юридино-техническими миражами, обусловленными абсурдными и бесплодными попытками найти место арбитражного соглашения в правовом измерении, определяемом дихотомией материального и процессуального права⁵¹. Квалификация оговорки в качестве относящейся к материальному или процессуальному праву не способна иметь решающего значения при рассмотрении вопроса правопреемства, так как данные категории, будучи созданными совершенно для других целей, непригодны для оценки арбитражного соглашения, ибо они бессильны придать должное значение той специфике и уникальности, которая свойственна исключительно арбитражным соглашениям. Вместо времязатратного выискивания материальной или процессуальной природы, следует принимать во внимание сущность арбитражного соглашения и выстраивать систему координат, в которой точкой отсчета будет служить принцип согласия, соизмерение с которым арбитражных оговорок будет служить эффективным и быстрым средством разрешения вопроса об их существовании и правопреемстве.

Б. Арбитражная оговорка и материальное право – нераздельны, но неслиянны?

Любые вопросы, возникающие в процессе исследования природы третьей оговорки, характеризуются тесным взаимопереплетением, хотя бы они и относились к различным его аспектам и имели заметное концептуальное различие. Поэтому неизбежно, что еще при исследовании нами вопросов процессуальной и материальной квалификации третьей оговорки начали проглядываться смутные очертания другой проблемы, получившей широкое,

самостоятельное освещение как в практике, так и в литературе, касающейся положения арбитражной оговорки по отношению к материальному праву – является ли она внутренней или внешней по отношению к нему, неотъемлемой частью или посторонним субстратом? Предвосхитив существование данного аспекта природы арбитражной оговорки, мы полагаем необходимым представить некоторые ремарки относительно существующих дискуссий по данной тематике постольку, поскольку они могут быть полезны для понимания логики взаимосвязи правопреемства по оговорке и по материальному праву.

В отличие от предшествующих, сверхтеоретизированных рассуждений о природе арбитражного соглашения, настоящий вопрос имеет крайне прикладной характер, а его значение для принятия суждений о правопреемстве сложно переоценить, ведь для того, чтобы доказать – в отсутствие отдельного соглашения о переходе оговорки – что к правопреемнику по материальному праву перешла арбитражная оговорка, необходимо пройти рубеж доказывания того, что оговорка причастна к материальному праву, соразделяет его участь, повторяет его судьбу⁵². При этом даже в одном направлении, целью которого является увязать оговорку с материальным правом, имеется богатая палитра мнений. Если начинать с наиболее расплывчатых и бессодержательных тезисов, то возможно упомянуть мнения, согласно которым оговорка «сопровождает»⁵³ материально-правовой договор или «предназначена»⁵⁴ для него. Такие выражения не лишены рационального зерна, но им явно недостает правовой определенности и юридической оформленности, которые требуются для того, чтобы четко объяснить механизм взаимосвязи материального правопреемства с правопреемством по оговорке. В то же время, такие позиции служат отличным предварением для достаточно разработанных теорий.

Конкретизируя, следует в первую очередь обратить внимание на теорию, разделяемую почти безраздельно господствующим (количественно) на практике мнением, согласно которой оговорка, определяя порядок предъявления иска в защиту нарушенных прав, является составной частью материального права⁵⁵. С данной формулировкой тесно соседствует другая, которая, по существу, раскрывает первую, и подчеркивает, что оговорка переходит к правопреемнику как «право на защиту интересов конкретным способом и в конкретном органе»⁵⁶. В самом словосочетании «составная часть» легкоуловимы нотки бытового характера, которые обесценивают юридическую тонкость заложенной в нем идеи, уподобляя арбитражную оговорку (и, вместе с ней, все право на защиту) чему-то подчеркнуто осязаемо-физическому, например, дольке апельсина. Подобная вульгарность формулировки, способная смутить любого, вполне могла бы послужить объяснением того, почему некоторые суды, выражая ту же самую идею, употребляют более юридизированные выражения – например, рассуждают об оговорке и о праве на защиту как об «элементе субъективного гражданского права»⁵⁷ или «элементе договора»⁵⁸. Впрочем, слово «элемент» по своему значению – в том контексте, в котором оно использовалось – чрезвычайно близко слову «часть», если не тождественно ему, и поэтому представляет собой завуалированную, тщательно замаскированную неграмотность и неточность, которая по своему содержанию ничем не лучше, чем воззрение на оговорку как на составную часть материального права. Нейтральные выражения, не имеющие материально-физических оттенков, такие как свойство права⁵⁹ или его модальность⁶⁰, намного более точно отражали бы рассмотренную идею.

Той же погоней за юридической точностью, а также стремлением подкрепить свой собственный вывод конкретным текстом закона, возможно объяснить, почему некоторыми судами буквально воспроизводится формулировка статьи 384 ГК РФ, согласно которой (по мнению судов) арбитражная оговорка относится к «тому объему и тем условиям», на которых переходит к новому кредитору существующее право⁶¹. При таком развитии событий, хотя линия аргументации немного изменяется, основанием для правопреемства по арбитражной оговорке продолжает быть то, что она находится внутри права, и, поэтому, не может не перейти вместе с ним. Следует заметить, что статья 384 ГК РФ содержит также и другое положение, позволяющее обосновать переход арбитражной оговорки вместе с материальным правом, при этом оговорка будет переходить не как внутренняя по отношению к материальному праву, но как внешняя и лишь связанная с ним⁶². Выражаясь вещно-правовой терминологией, арбитражная оговорка в

предшествующем случае будет переходить вместе с материальным правом, а также разделять его судьбу, как его принадлежность⁶³.

Вышепредставленный подход, во всех своих вариациях, встречает неуверенную и малочисленную оппозицию в российской судебной практике. Сущность возражений против рассмотрения арбитражной оговорки в качестве части материального права заключается, коротко говоря, в том, что арбитражная оговорка является независимой, отдельной от самого материального права, и, поэтому, переходить вместе с ним не может. Небезынтересно, при этом, заметить, что в значительной мере суды самонадеянно рассматривают данный тезис как общепринятый и самоочевидный и, поэтому, избегают приведения какого-либо обоснования отдельности и независимости арбитражной оговорки (если, конечно, не брать в расчет ранее подвергнутую нами сомнению теорию, согласно которой процессуальные права не могут быть частями прав материальных). Так, может просто указываться, арбитражная оговорка не входит в «объем прав»⁶⁴ кредитора, переходящих по статье 384 ГК РФ, либо что оговорка не является «объектом прав»⁶⁵ кредитора в соответствии с той же статьей. Если же обоснования и приводятся, то они относятся к рангу тех, которые лучше бы в принципе не приводить. Так, Пятнадцатый ААС, сиюсь доказав отдельность оговорки, явно совершает попытку прыгнуть выше головы, объявляя, что право на иск, к которому относится арбитражная оговорка, является самостоятельным и находится за пределами структуры субъективного гражданского права, к которому суд, применительно к обязательству, относит только рафинированное право кредитора требовать и корреспондирующую ему обязанность должника осуществить определенное поведение⁶⁶. Если бы право на иск действительно лежало за пределами материального права, то последнее было бы иллюзорным и потестативным, не связывало бы должника, но лишь всецело бы зависело от него. Если не допускать фатализма материальных прав и не обрекать их на произвол должника, то следует признать, что право на иск является необходимым правомочием материального права, а не отдельным от него правом⁶⁷.

Другое обоснование того, почему арбитражная оговорка не является частью материальных прав, является еще более курьезным и изощренным, нежели чем разобранный абзацем ранее. Так, Тринадцатый ААС указал, что третейская оговорка не может быть «неотъемлемой частью» предварительного договора, так как в противном случае она не имела бы силы и носила бы лишь предварительный характер⁶⁸. Видимо, для суда положения предварительного договора не могут иметь обязательного характера, и поэтому сохранить силу третейской оговорки иначе, нежели чем посредством её полного вынесения за пределы материального права, суд не мог. Изрядно поусердствовал ради сохранения силы как третейской оговорки, так и материального права также и Девятый ААС, который признал, что третейское соглашение не может быть частью лицензионного договора, так как в противном случае оно бы подлежало государственной регистрации и без неё не имело бы юридической силы⁶⁹. Думается, однако, что даже с большей эффективностью подобного вывода возможно было достичь иными, менее радикальными средствами, а именно путем применения целевого толкования закона, который явно не был заточен под третейские соглашения и не мог иметь их в виду при установлении требования государственной регистрации лицензионных соглашений.

Если решения апелляционных судов сами по себе не могут поставить под сомнение единообразие в практике, то с этой задачей отлично справляется высшая судебная инстанция, решение которой расстраивает унификацию и в очередной раз доказывает, что любые обобщения относительно арбитражных оговорок зачастую делаются без оглядки на прошлое и без взгляда в будущее, являясь лишь выражением конъюнктурных интересов. В деле Калинка-Стокманн против Смоленского пассажа ВАС⁷⁰, обосновывающий необходимость отмены решения МКАС о продлении договора аренды помещения на прежних условиях (в договоре было оговорено право на продление), указал, что хотя арбитражная оговорка и была условием договора аренды, она носит «автономный»⁷¹ характер по отношению к материально-правовым условиям договора и едва ли может автоматически продляться против (sic!) воли одной из сторон». Решение суда вносит хаос в практику, т.к. суд не принимает во внимание ни свои собственные, устоявшиеся позиции о том, что оговорка является частью прав по договору, ни то,

что стороны сами воспринимали оговорку как часть и условие договора, ни даже то, что стороны свободны в том, чтобы заранее выражать волю на продление действия арбитражных оговорок, сопровождающих определенное материальное право.

В. Арбитражная оговорка как юрисдикционный отпечаток: ранее не известная догматическая конструкция

Сложившаяся неопределенность в определении местоположения и значения арбитражной оговорки относительно материального права требует выработки нового подхода, который мог бы служить адекватным и универсальным инструментом определения взаимоотношений материального права и арбитражной оговорки, а также взаимосвязи правопреемства по ним. Следует начать с правильного понимания природы самой арбитражной оговорки. Арбитражная оговорка не является обязанностью, так как не предписывает никакого обязательного для сторон поведения. В равной мере оговорка не может быть названа и правом, ибо стороны не приобретают прав на рассмотрение спора арбитражем, ведь последний не обязан, в силу самой оговорки, разрешать спор, который стороны желают передать на его разрешение. На наш взгляд, арбитражная оговорка является юрисдикционным эффектом, в силу которого спор, разрешенный арбитражем, считается разрешенным таким образом, что будет связывать стороны арбитражной оговорки и исключать возможность судов осуществлять рассмотрение спора по существу и пересмотр по существу решения, принятого по спору, подпадающему под оговорку.

Будучи юрисдикционным эффектом, арбитражная оговорка не может быть составной частью материального права или иным образом исчерпываться им, т.к. существование оговорки в принципе не зависит от наличия материального права. Это отлично подтверждается тем, что между сторонами может быть спор о существовании материального права, подлежащий оговорке (например, спор о заключенности договора), по результатам рассмотрения которого может быть принято решение, согласно которому материальное право никогда не возникало, что, однако, не лишает оговорку силы⁷². Если бы оговорка была частью права, то признание его несуществующим означало бы одновременно признание её несуществующей. По той же причине оговорка не может быть принадлежностью права, ведь принадлежность права направлена на усиление господствующего права⁷³, и не может быть ему во вред, в отличие от арбитражной оговорки, на основании которой материальное право может быть найдено отсутствующим⁷⁴. Арбитражная оговорка не является вирусной формой правового существования, и ей не требуется паразитировать⁷⁵ в организме материального права, дабы легитимировать свою наличность и действительность.

Как самостоятельный и самодостаточный юрисдикционный эффект, арбитражная оговорка не является, в то же время, изолированным и замкнутым на себе явлением. Постольку, поскольку материальное право является существующим, арбитражная оговорка, рассматриваемая в динамике правоотношений, задает вектор процессуального движения материального права, являясь, иначе говоря, направленным приложением силы, под которой разумеется решимость сторон к арбитражу. Соответственно, в той степени, в которой оговорка распространяется на действующее материальное право, их отношения возможно сравнить с отношениями энергии и материи – энергия неотделима от материи, но и не сливается с ней и не становится ею, будучи лишь её зарядом.

Взятая в статике, автономная арбитражная оговорка – опять же, поскольку материальное право существует и она распространяется на него – накладывает неизгладимый отпечаток на материальное право, запечатлевается на нем⁷⁶. В этом, и только в этом смысле арбитражная оговорка может быть названа частью материального права и переходить по правопреемству вместе с ним. Однако сам переход оговорки вместе с материальным правом к другому лицу имеет лишь отложенное правовое значение, которое заявит о себе лишь тогда, когда перешедшая оговорка активируется согласием правопреемника. Стоит заметить, что согласие именно делает старую, уже существующую оговорку действующей относительно правопреемника, но не порождает новой оговорки⁷⁷.

В качестве заключения настоящей части, стоит отметить, что независимо от того, какая теория арбитражной оговорки и её соотношения с материальным правом ни была бы избрана, арбитражная оговорка никогда не будет полностью растворяться в материальном праве, упраздняться в нем. Она всегда будет сохранять особенную сущность, основывающуюся на согласии, и поэтому следует проявлять нулевую толерантность к переходу и действию арбитражной оговорки помимо согласия самого правопреемника по материальному праву.

III. Заключение

Длительное время вопрос соотношения материального правопреемства и правопреемства по арбитражной оговорке разрешался сугубо по остаточному принципу, с применением бесплодной методологии и материально-правового инструментария, явно не приспособленного к решению поставленной задачи. Уникальная природа арбитражной оговорки, её внутренняя сущность, обуславливающая её особое место среди гражданско-правовых договоров, незаслуженно игнорировались и пренебрегались, отходили на задний план, если вообще принимались во внимание исследователями. Характерным итогом подобного приземленного, упрощенческого подхода к соотношению двух типов правопреемств, в рамках которого арбитражная оговорка мыслилась единственно как подчиненный и покорно следующий за материальным правом придаток, стала решительная нечувствительность к специфике каждого конкретного дела о правопреемстве, в которое была вовлечена арбитражная оговорка. Это, в свою очередь, неминуемо привело к навязыванию арбитража лицу помимо его воли, к отрицанию фундаментального права лица на рассмотрение дела тем судом и тем судьей, к подсудности которых дело отнесено законом.

В отличие от предшествующих исследований, настоящая статья старается в наиболее полной мере принять во внимание особую природу арбитражной оговорки, а также учесть системообразующее значение согласия лица для действия и перехода арбитражной оговорки. Как результат, достигается более филигранное регулирование поставленного вопроса, адекватное многообразным наличествующим правовым тонкостям, с которыми столь легко столкнуться при поиске верного пути соотношения материального правопреемства и правопреемства по оговорке. Что намного более важно, так это то, что в предложенной нами концепции правопреемства право человека на предусмотренный законом суд получает реальные правовые гарантии, а ситуация, в которой данное право бы фактически выхолащивалось и превращалось бы в иллюзорное становится логически невыполнимой и теоретически невозможной. Поставив в самом начале нашего исследования во главу угла согласие сторон, теперь мы приходим к однозначному выводу, что предложенное нами восприятие арбитража, будучи всецело пропитанным уважением к выраженной воле сторон и её неукоснительным соблюдением, является ключевым ключевым в определении соотношения материального правопреемства и правопреемства по арбитражной оговорке.

¹ См., например, решения ВС США - *Lamps Plus, Inc. v. Varela*, 587 U. S. (2019) (slip op., at 7); *Stolt-Nielsen S. A. v. AnimalFeeds Int'l Corp.*, 559 U. S. 662, 681 (2010); *Volt Information Sciences, Inc. v. Board of Trustees of Leland Stanford Junior Univ.*, 489 U. S. 468, 479 (1989); *Granite Rock Co. v. Teamsters*, 561 U. S. 287, 299 (2010); ВС Великобритании - *Dallah Real Estate & Tourism Holding Co. v. Ministry of Religious Affairs, Pakistan* [2010] UKSC 763, 810; ВС Германии - *Judgment of 3 July 1975*, 1976 NJW 109, 109; ВС Швейцарии - *Judgment of 21 November 2003*, DFT 130 III 66, 70.

² BGH, NJW 1977, 1397. S. 1399; BAG, KTS 1965, 56 [57]; OLG München, SchiedsVZ 2015, 40. S. 43; Dieter Schottelius, *Die Kompetenz-Kompetenz in der Schiedsgerichtsbarkeit*, 1959 KTS 134, 137; Joachim Kiesow, *Die Vereinbarkeit des Schiedsgerichtswesens mit dem Grundgesetz*, 1962 KTS 224, 231; Dolf Weber & Schlabrendorff, *Die Erstreckung von Schiedsabreden aus Geschäften von Personengesellschaften auf ihre Gesellschafter*, in *Festschrift für Ottoandrt Glossner zum 70. Geburtstag* 477ff., 480 und 484 (Alain Plantey et al. eds., 1994). Ср. с этим рассуждение российских судов, указывающих относительно конституционного права на суд, что "право на суд не является абсолютным и может быть ограничено *соглашением* сторон [о разрешении спора третьей стороной]" - Определение ВАС РФ от 12.08.2010 N ВАС-9521/10 по делу N А07-26160/2009; Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 04.08.2014 по делу N А46-8077/2013 (выделение добавлено).

³ См., например, решение ВС США по делу *GE Energy Power Conversion France SAS, Corp., FKA Converteam SAS v. Outokumpu Stainless USA, LLC.*, 590 U.S. (2020) (Sotomayor, J., concurring) (slip op., at 1), где судья Сотомайор

указывала, что из принципа согласия, выводимого из Федерального арбитражного акта, следует, что любые доктрины распространения оговорки на лиц, не участвовавших в непосредственном подписании оговорки, должны основываться на принципе согласия.

Поразительно, но существуют решения, причем достаточно уважаемых судов, которые умаляют принцип согласия, бесосновательно заявляя о наличии «исключений» из него. Так, ВС Швейцарии указывал, что, хотя общим правилом является то, что связаны оговоркой лишь те лица, которые вступили в неё, исключением из этого правила является, в том числе, случай правопреемства. Judgment of 19 May 2003, 22 ASA Bull. 344, 348 (Swiss Fed. Trib.) (2004). Адептом этой же теории является и Европейский суд справедливости, который прямо указал как исключение, что в случае, если лицо преемствует как в правах, так и в обязанностях правопреемника по договору, то согласие на оговорку не требуется – Judgment of 21 May 2015, *CDC Hydrogen Peroxide*, C-352/13, EU:C:2015:335, para. 65; *Coreck*, C-387/98, EU:C:2000:606, para. 24, 25. Не чужда данная теория и арбитражам – так, характерно решение арбитража SCC относительно вопросов перехода оговорки по универсальному правопреемству, в котором арбитражем указывается, что согласия на оговорку от правопреемника не требуется, и это составляет “[a]n exception to the main rule that an arbitration clause cannot bind third parties [without their consent]” – *Yara International ASA v. JSC Acron*, SCC Case No. V135/2006, Partial Award, 17 June 2008, para. 90.

Данный вывод, несомненно, разочаровывает, однако еще более досадно, что суды полагают его самоочевидным, отказываясь приводить доказательства в его обоснование.

4 Ulrich Haas, Anmerkung: Einseitige testamentarische Schiedsanordnungen, 2018 SchiedsVZ 49, 55. В том же духе LG München II ZEV 2017, 274 (275); Ulrich Haas, Letztwillige Schiedsverfügungen i. S. des § 1066 ZPO, 2007 ZEV 51, 53; Christian Koller, in 1 Schiedsverfahrensrecht (Christoph Liebscher et al. eds., 2011). Rn. 3/87.

5 Необходимо отметить, что само словосочетание “обязательный арбитраж” является юридическим оксюмороном, закрепившимся в языке, ярко передающим сущность описываемого явления, однако делающим это в ущерб терминологической точности. Называть предусмотренную принудительно законом процедуру арбитражем было бы “злоупотреблением языком” (abus de langage). См.: Jean Salmon, Dictionnaire de Droit International Public 77 (2001); см. также Jan Paulsson, Arbitration of International Sport Disputes, 9 Arbitration International 359, 361 (1993). Данную процедуру, в связи с отсутствием согласия сторон, скорее следует считать судебной – см, например, Philippe Fouchard, La Nature Juridique de L’Arbitrage du Tribunal des Différends Irano-Américains, 1984 Cahiers du CEDIN, 1re journée d’actualité internationale 32 (называет принудительный арбитраж «установленным судебным механизмом» – mécanisme juridictionnel préétabli); Frédéric-Edouard Klein, Considérations sur L’Arbitrage en Droit International Privé 35 (1955) (называет принудительный арбитраж исключительной судебной процедурой – procédure judiciaire d’exception). Впрочем, некоторые, вопреки всей логической несообразности подобной концепции, полагают, что обязательный арбитраж продолжает быть по своей природе именно арбитражем, см., например, Philippe Level, ex fascicules du Juris-Classeur Procédure civile, article 1003-1028, Fasc. III, no. 15. См. также Henry Motulsky, Écrits. Études et Notes sur L’Arbitrage 20 (1974), который отмечает, что в прошлом во Франции обязательный арбитраж приравнивался к судебной процедуре, однако новая практика придерживается противоположного подхода (цитирует Cass civ., 2 août 1943, Gaz. Pal., 1943, II, p. 157; 16 mai 1944, Gaz. Pal., 1944, II, p. 66; Soc., 25 juin 1959, Bull. civ., n° 810, p. 648; Soc., 6 juill. 1961, JCP, 1961, II, p. 12319).

6 “Протокол об Общих условиях поставок товаров между внешнеторговыми организациями СССР и внешнеторговыми организациями Корейской Народно-Демократической Республики” (Подписан в г. Пхеньяне 27.07.1981).

7 “Протокол об Общих условиях поставок товаров из СССР в Китайскую Народную Республику и из Китайской Народной Республики в СССР” (Подписан в г. Пекине 13.03.1990).

8 “Конвенция о разрешении арбитражным путем гражданско-правовых споров, вытекающих из отношений экономического и научно-технического сотрудничества” (Заключена в г. Москве 26.05.1972). Данную Конвенцию называют “the most striking example of compulsory arbitration [from the international perspective]” – Nigel Blackaby et al., Redfern and Hunter on International Arbitration 71 (6th ed. 2015).

9 Решение МКАС при ТПП РФ от 26.06.2007 по делу N 98/2006.

10 Так, состав арбитража счел Московскую конвенцию имеющей силу в отношении России, но отказался её применять из-за того, что посчитал страну ответчика – Украину – не входящей в Конвенцию. Решение МКАС при ТПП РФ от 30.05.2001 по делу N 239/2000. В другом деле МКАС подробно исследовал вопрос того, является ли Словакия стороной Конвенции, в то же время не оспаривая соответствующий статус России – Решение МКАС при ТПП РФ от 15.05.1995 по делу N 321/1994. См. также другие решения, в которых МКАС признавал себя компетентным рассматривать дела непосредственно на основании Московской конвенции – Решение МКАС при ТПП РФ от 05.03.1998 по делу N 8/1997; Решение МКАС при ТПП РФ от 09.04.1999 по делу N 314/1998. В доктрине также господствует убеждение, что Московская конвенция, вместе с её обязательным арбитражем, до сих пор имеют силу – см. “Арбитражный процесс: Учебник” (4-е издание, переработанное и дополненное) (отв. ред. В.В. Ярков) (“Инфотропик Медиа”, 2010). С. 510 (автор главы - Виноградова Е.А.); В.С. Поздняков. Международный коммерческий арбитраж в Российской Федерации: закон, регламент, комментарии. Статья в Новые горизонты международного арбитража: сборник статей / А.В. Асосков, Фредерик Бело, Н.Г. Вилкова и др.; под ред. А.В. Асоскова, Н.Г. Вилковой, Р.М. Ходыкина. М.: Инфотропик Медиа, 2013. Вып. 1. С. 15-16; Регламент Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-

-
- промышленной палате Российской Федерации: научно-практический комментарий / А.В. Асосков, Л.Г. Балаян, М.П. Бардина и др.; под общ. ред. А.С. Комарова. М.: Инфотропик Медиа, 2012. С. 11-12; Jörgand Kirchner & Arthur Marriott, *International Arbitration in the Aftermath of Socialism - The Example of the Berlin Court of Arbitration*, 10 *Journal of International Arbitration* 5, 7 (1993); Ikko Yoshida, *History of International Commercial Arbitration and its Related System in Russia*, 25 *Arbitration International* 365, 389 (2009). Впрочем, обратная точка зрения, согласно которой Московская конвенция не может применяться в настоящие дни, также имеет место, см. *Final Award*, VIAC Case No. SCH-4417, 1996; Peter Schlosser, *Chronique de jurisprudence allemande*, 1995 *Rev. Arb.* 663, 665; Nikolaus Pitkowitz, *Issues Specific to Arbitration in Europe, Is There Still a Scope of Application of the European Convention on International Commercial Arbitration?*, in *Austrian Yearbook on International Arbitration* 93 at 97 (Christian Klausegger et al. eds., 2013).
- 11 Решение МКАС при ТПП РФ от 02.06.2005 по делу N 131/2004.
- 12 Решение МКАС при ТПП РФ от 22.02.1995 по делу N 104/1994.
- 13 Решение МКАС при ТПП РФ от 23.10.2000 по делу N 45/2000. Интересно отметить, что МКАС отправил сторон в арбитраж при ТПП Болгарии, который, исходя из прямо противоположных предпосылок, нежели чем МКАС, счел себя некомпетентным рассматривать спор, т.к. оговорка сторон предоставляла компетенцию именно МКАС, в силу чего происходила безумная ситуация, когда стороны вынуждены идти в арбитраж, но оба арбитража отказываются рассматривать дело. Концом данной эпопеи стало рассмотрение дела государственным судом, который, видя парадоксальную ситуацию, счел арбитражное соглашение неисполнимым, и поэтому принял дело к своему производству - Постановление ФАС Центрального округа от 21.04.2003 N A08-3665/02-1.
- 14 Кроме ранее процитированного решения, см., например, Постановление МКАС при ТПП РФ от 05.11.1996 по делу N 328/1995; Постановление МКАС при ТПП РФ от 22.11.1996 по делу N 365/1995; Решение МКАС при ТПП РФ от 19.01.1995 по делу N 418/1993.
- 15 Решение МКАС при ТПП РФ от 18.04.2000 по делу N 67/1998. В том же духе было принято Решение МКАС при ТПП РФ от 26.09.1997 по делу N 283/1996, в котором МКАС «оставил исковое заявление без рассмотрения», ибо полагал, что компетентным является МКАС при ТПП Румынии. Однако после того, как заинтересованная сторона принесла уже решение МКАС Румынии, в котором тот исключил применение Московской конвенции и, вместе с тем, свою компетенцию, МКАС при ТПП РФ принял исковое заявление и рассмотрел его по существу.
- 16 А ведь именно недобровольный характер арбитража по Московской Конвенции послужил причиной того, что арбитраж по ней именуют «квази-арбитражем», см. Éva Horváth, *Arbitration in Central and Eastern Europe*, 11 *Journal of International Arbitration* 5, 6 (1994).
- 17 См. об этом <Нота> Министерства иностранных дел РФ от 13.01.1992 N 11/Угп.
- 18 Решение МКАС при ТПП РФ от 23.12.1996 по делу N 21/1995.
- 19 Решение МКАС при ТПП РФ от 24.11.1997 по делу N 505/1996. Впрочем, признание признанию рознь, и иногда МКАС, признавая обязательность положений об арбитраже, предлагал весьма нюансированный подход к оценке действительности оговорки, заключенной сторонами в противоречии с международным актом. Так, в деле Решение коллегии арбитров МКАС при ТПП РФ от 28.07.2017 по делу N М-19/2017 отмечалось, что обязательность положений об арбитраже безусловно требует лишь исключения компетенции государственных судов, в то время как стороны не обязаны передавать спор именно в предусмотренный международным актом арбитражный институт, но вольны согласовать иное арбитражное учреждение.
- 20 См., например, Постановление Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 05.04.2018 N Ф02-600/2018 по делу N А33-15422/2017; Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 20.08.2019 N Ф09-5946/19 по делу N А50-9563/2019.
- 21 Решение МКАС при ТПП РФ от 02.07.2013 по делу N 199/2012.
- 22 Говоря о любых нормативных актах, мы желаем подчеркнуть, что явление обязательного арбитража знакомо не только российской правовой системе. Так, например, в Чили установлен обязательный арбитраж для разрешения споров супругов об общем имуществе (см. Hernan Sommerville, *Arbitration in Chile*, in *International Commercial Arbitration in Latin America, Special Supplement*, ICC International Court of Arbitration Bulletin 15-20 (1996), во Франции устанавливался принудительный арбитраж трудовых споров, см. Andre Damien, *Une Procédure Originale de Règlement des Conflits de Travail entre Avocats. L'Arbitrage du Bâtonnier* (article 7 de la loi du 31 décembre 1971 dans sa rédaction issue de la loi du 31 décembre 1990), in *Nouveaux Juges, Nouveaux Pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Roger Perrot* 63 at 70 (1996).
- 23 Касательно Московской конвенции в доктрине отмечалось, что она, хотя и имеет силу, противоречит добровольности подчинения сторон арбитражной юрисдикции и, поэтому, подлежит отмене. Бардина М.П. *Действие Конвенции из "правового наследия СЭВ" в современных условиях: проблема несовместимости. Международный коммерческий арбитраж. 2004. N 2. С. 13-14. Размышляя в том же направлении, В.В. Яков высказывал мнение, что, при противоречии воли сторон Конвенции, приоритет должен быть отдан автономии воли сторон - "Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации" (постатейный) (3-е издание, переработанное и дополненное) (под ред. В.В. Якова) ("Инфотропик Медиа", 2011). С. 755. В то же время, другие авторы, вынося свои приговоры Конвенции, исходят из строго политико-правовых и специфических международно-правовых предпосылок, придавая минимальное значение проблеме отсутствия*

согласия, см. Международный коммерческий арбитраж: Учебник / С.А. Абесадзе, Т.К. Андреева, В.Н. Ануров и др.; отв. ред. Т.А. Лунаева; науч. ред. О.Ю. Скворцов, М.Ю. Савранский, Г.В. Севастьянов. 2-е изд., перераб. и доп. СПб.: Редакция журнала "Третейский суд"; М.: Статут, 2018. Вып. 9. (автор главы – В.В. Хвалей) С. 168-169; Белов А.П. Международное предпринимательское право. М., 2001. С. 240, 241.

24 В доктрине отмечалось, что в области правопреемства по арбитражной оговорке многие, заявляя о необходимости согласия правопреемника на оговорку, фактически применяют фикцию согласия или же толкуют его таким образом, который существенно отличается от теста на согласие, обыкновенно используемого при разрешении вопроса о том, было ли заключено между сторонами арбитражное соглашение. См. Stavros Brekoulakis, *Parties in International Arbitration: Consent v. Commercial Reality*, in *The Evolution and Future of International Arbitration*, International Arbitration Law Library 119 at 121, para. 8.10, p. 122, para. 8.20 (Stavros Brekoulakis et al. eds. 2016), а также см. Gabrielle Kaufmann-Kholer & Henry Peter, *Formula 1 Racing and Arbitration: the FIA Tailor-Made System for Fast-Track Dispute Resolution*, 17 *Arbitration International* 186, 187 (2001) (arguing that "[instead of] rely[ing] on a fiction of consent, [...] it may be more accurate and intellectually honest to simply admit that arbitration without consent exists"). Из этого делается вывод, что от принципа согласия стоит отказаться за его ненадобностью. Мы, впрочем, полагаем, что, наоборот, следует поддержать принцип согласия, и изболочить тех, кто под сенью согласия пытается принудительно навязывать сторонам арбитраж.

Извращенные интерпретации согласия действительно имеют место. Так, в литературе утверждалось, что, при применении Московской конвенции и подобных ей актов, «принудительные арбитражные соглашения констатируют согласие сторон на разрешение их спора в арбитраж» - Батлер У. Судьба Московской конвенции 1972 г. Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения: Сб. ст. к 75-летию МКАС при ТПП РФ / Отв. ред. А.С. Комаров. М., 2007. С. 49. Словосочетание – «принудительное арбитражное соглашение», - подобранное автором для описания явления принудительного арбитража, представляется не иначе как курьезом, фонтанирующим своей бессмысленностью, ведь принудительность, как известно, служит антонимом согласительному порядку. Концепция «соглашения без согласия» является всего лишь привлекательной игрой слов, столь же смешной, сколько и внутренне противоречивой.

25 Как минимум, согласие следует искать по той причине, что решение арбитража, не основанное на соглашении сторон, не будет подпадать под сферу действия Нью-Йоркской Конвенции (см., например, Jean-Francois Poudret & Sebastien Besson, *Droit Comparé de L'Arbitrage International* 866-868, para. 882 (2002)), и поэтому решение арбитража превратится в бумажку, перспективы на признание и приведение в исполнение которой по всему миру будут близиться к нулю. Кроме того, в самой стране вынесения решения также перспективы его исполнимости могут быть более чем сомнительными. Так, в известном деле *Société Tarom c. Société Khayat* (Cour de cassation, Chambre civile 1, 19 mars 2002, 99-19878), французский Кассационный суд указал на то, что международный договор, заключенный между Ливаном и Румынией, предусматривающий рассмотрение в арбитраже под эгидой ICC споров между предпринимателями двух стран, не может служить действительным основанием арбитража, ибо наделить арбитра юрисдикцией может лишь "la volonté commune des contractants", общая воля сторон договора.

26 В призма ст. 6 Европейской конвенции, под обязательным арбитражем понимается любой арбитраж, при котором лицо не могло свободно, добровольно и без всякого принуждения выразить свое согласие. В связи с этим, обязательным является не только тот арбитраж, который предписан законом, но и тот, при котором, фактически, лицо не было свободно в принятии решения о подчинении себя арбитражной юрисдикции - *ECTHR, Mutu and Pechstein v. Switzerland*, Judgment of 2 October 2018, App. No. 40575/10, 67474/10; *Daria Kozłowska-Rautiainen, The Right to a Public Hearing in Arbitration in Light of ECTHR Judgments*, in 2 *Stockholm Arbitration Yearbook 2020*, *Stockholm Arbitration Yearbook Series* 137 at 144 (Axel Calissendorff & Patrik Schöldström eds. 2020). Схожего подхода придерживался Massimo Benedettelli, *The European Convention on Human Rights and Arbitration: The EU Law Perspective*, in *The Impact of EU Law on International Commercial Arbitration* 463 at 507 (Franco Ferrari ed. 2017); Sebastien Besson, *Arbitration and Human Rights*, 24 *ASA Bulletin* 395, 398-399 (2006).

27 Только свободно заключенное арбитражное соглашение может служить основанием для констатации действительности отказа лица от прав на судебную защиту, предоставляемых ст. 6 Европейской конвенции. См. *ECTHR, judgment of 27 February 1980, Deweer v Belgium*, Application No 6903/75, s 49; *Suovaniemi and others v Finland* (Case No. 31737/96, 23 February 1999); *Arbitration in England §17-33 – §17-37* (Julian Lew ed. 2013); Audley Sheppard, *Third Party Non-Signatories in English Arbitration Law*, in *The Evolution and Future of International Arbitration*, International Arbitration Law Library 183 at 185 (Stavros Brekoulakis et al. eds. 2016); Flutura Kola-Tafaj, *Implementation of the European Convention on Human Rights in Arbitration Proceedings*, 10 *SchiedsVZ* 183, 185 (2012). Ср. это с подходом российского КС, который также находит, что, согласно Европейской конвенции, отказ от права на судебную защиту тогда допустим, когда совершается без принуждения – п. 2 абз. 10 Постановление Конституционного Суда РФ от 26.05.2011 N 10-П.

28 См. Решения ЕСПЧ по делам *Transportes Fluviais do Sado S.A./Portugal*, No 35943/02, December 16, 2003; *Eiffage S.A. et autres/Suisse*, No 1742/05, September 15, 2009; *Tabbane/Suisse*, No 41069/12, March 1, 2016. О том же говорится в доктрине, см. Franz Matscher, *L'Arbitrage et la Convention*, in *La Convention Européenne des Droits de L'Homme* 287-288 (Louis Pettiti et al. eds. 1995); Charles Jarrosson, *L'Arbitrage et la Convention Européenne des Droits de L'Homme*, 1989 *Revue de l'arbitrage*, 582-583; Dragica Lukić, *Arbitration and Article 6 of The European Convention On Human Rights*, 64 *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management* 16, 17 (1998); Mauro Rubino-Sammartano, *International Arbitration Law and Practice* 28 (2nd 2001); Charles Jarrosson, *La Notion d'Arbitrage* 15 (1987).

Суды стран, входящих в Европейскую конвенцию, также отмечали, что ст. 6 Конвенции не применима, если стороны свободно передали спор на рассмотрение арбитража - Swiss Federal Supreme Court, 11 June 2001 [2001] ASA Bulletin 566; Paris Cour d'Appel decision of 15 September 1998, Cubic Defence Systems v Chambre de Commerce International [1999] Rev. Arb. 103.

Руководствуясь той же логикой, ВС Швейцарии в серии решений, посвященных предполагаемым нарушениям прав заявителей составами арбитражей, указывал, что, при оспаривании решений арбитражей, следует ссылаться не на ст. 6(1) Европейской конвенции, но только на ограниченный перечень специальных оснований, установленных законом об арбитраже - DFSC 4A_404/2010, para. 3.5.3; DFSC 4A_43/2010, para. 3.6.1; DFSC 4A_320/2009, para. 1.5.3; DFSC 4A_612/2009, para. 2.4.1; DFSC 4P.105/2006, para. 7.3; Joachim Knoll, *Waivers of Recourse in International Arbitration – Where Switzerland and Tunisia Meet*, 4 International Journal of Arab Arbitration 5, 17-18 (2012).

²⁹ ECHR, July 22, 1999, *Scarth v. United Kingdom*, No. 33745/96; EComHR, December 12, 1983, *Lars Bramelid and Anne-Marie Malström v. Sweden*, Nos. 8588/79 and 8589/79; о данном подходе ЕСПЧ см. Filip De Ly, *European Court of Human Rights*, October 2, 2018, Cases 40575/10 and 67474/10, *Mutu and Pechstein/Switzerland – Case Note: A Landmark Decision on Arbitration and the European Convention on Human Rights*, 2019 *Tijdschrift voor Arbitrage*. 55, 59; Асосков А.В. Влияние статьи 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод на третейское разбирательство // Вестник ВАС РФ. 2013. N 9. С. 61 – 75 // СПС Консультант-Плюс. С. 4.

³⁰ См., например, ECtHR, judgment of 8 July 1986, *Lithgow and others v UK*, paras. 29–32, 194–203. Ср. R. M. Rodman, *Commercial Arbitration with Forms 14* (1984) (утверждает, что принудительный арбитраж недопустим, за исключением случая, когда закон устанавливает процедуру апелляции решения арбитража и пересмотр его ошибок по существу, т.е., в сущности, ключевую гарантию, свойственную государственным судам). В то же время, достаточная степень сходства между процедурой обязательного арбитража и государственного суда является предметом дискреции судов. Так, например, Конституционный совет Франции счел, что хотя решение обязательного арбитража, разрешающего трудовые споры журналистов, не подлежит апелляции, право на правосудие не нарушено, т.к. остается возможность обжаловать решение по специальным правилам об отмене решения, вынесенного арбитражем, см. *Décision n° 2012-243/244/245/246 QPC du 14 mai 2012*.

³¹ Так, в деле ECtHR, Judgment of 28 October 2010, *Suda v. Czech Republic*, Application No. 1643/06, paras. 48–55 ЕСПЧ признал положения чешских законов, позволяющие установление компаниями и их мажоритарными акционерами арбитражных оговорок в отношении споров о принудительном выкупе акций у миноритарных акционеров, незаконными. Ср. это с решением КС Италии, который счел недопустимым установление принудительного арбитража (признавая, при этом, что если бы вместо арбитража были учреждены специальные судебные органы, то их существование было бы законным), см. *Federico Carpi, Le Règlement des Litiges en de hors des Tribunaux en Droit Italien*, in *Les conciliateurs, la Conciliation, une Étude Comparative* 97 at 98 (Hein Kötz & Reynald Ottenhof eds. 1983); Charles Jarrosson, *La Notion d'Arbitrage* 15 (1987). Примечательно, что суды в странах, где не действует Европейская Конвенция, отдают не меньшее значение праву на правосудие. Например, египетский КС, защищая данное право, признал неконституционным практику обязательного арбитража, т.к. никто не может быть лишен судебных гарантий в отсутствие его согласия, см. *Supreme Constitutional Court of Egypt, Challenge No. 104/Judicial Year 20, Hearing dated July 3, 1999*; Ibrahim Shehata, *Arbitration in Egypt: A Practitioner's Guide* 250 (2021).

³² Определение Конституционного Суда РФ от 03.07.2007 N 623-О-П, п. 3, 5. См. также см. Определение Конституционного Суда РФ от 15.01.2009 N 144-О-П, п. 3; Определение Конституционного Суда РФ от 28.03.2017 N 702-О; Определение Конституционного Суда РФ от 26.01.2017 N 146-О. Данная позиция получила неподдельно широкое одобрение в практике, см. "Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации N 1 (2020)" (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 10.06.2020), п. 56; Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации от 04.02.2020 N 23-КГ19-12, 2-1704/2018; Определение Верховного Суда РФ от 02.12.2019 N 300-ЭС19-21746 по делу N СИП-380/2019; Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 25.05.2017 по делу N 305-ЭС16-20255, А40-122145/2016.

³³ В России для данного тезиса наличествуют разумные и серьезные основания, покоящиеся на обширной и бесспорной практике судов, в которой арбитражное соглашение воспринималось в качестве гражданско-правового договора. См. Определение Конституционного Суда РФ от 01.06.2010 N 754-О-О, абз 4 п. 2; Постановление Конституционного Суда РФ от 26.05.2011 N 10-П, абз. 2 п. 5; Определение Конституционного Суда РФ от 28.06.2018 N 1629-О, абз. 3 п. 2; Определение Верховного Суда РФ от 22.12.2015 N 305-ЭС15-16735 по делу N А41-77961/2014; Определение ВАС РФ от 18.04.2013 N ВАС-18412/12 по делу N А73-5201/2011; Определение Верховного Суда РФ от 07.10.2014 по делу N 308-ЭС14-177, А63-1982/2013. Поэтому в доктрине, вопреки преобладающему направлению, иногда заявляется о материально-правовой природе арбитражной оговорки, см. Рожкова М.А. *Ординарные сделки и сделки, направленные на защиту прав // Сделки: проблемы теории и практики: Сборник статей / Рук. авт. кол. и отв. ред. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2008. С. 432 - 468. С. 13. Ср. с этим позицию, согласно которой к правопреемству по арбитражной оговорке должны применяться (mutatis mutandis) те же правила, что и к правопреемству по материальным правам - BGH, Urt. v. 3. Mai 2000, XII ZR 42/98, NJW 2000, 2346 [Juris Rn. 12]; OLG München, Beschluss vom 26. Januar 2016, 34 SchN 13/15, juris Rn. 43, 50; Reinhold Geimer, in *Zivilprozessordnung* § 1029 Rn. 15 (Richard Zöller ed., 34th ed.); Thümmel Schütze, *Schiedsgericht und Schiedsverfahren* Rn. 247 ff. (6th ed., 2016); Jens-Peter Lachmann, *Klippen für die Schiedsvereinbarung*, 2003 *SchiedsVZ* 28, 30.*

В то же время, не лишним будет заметить, что материально-правовая природа арбитражного соглашения сама по себе не означает, что оно не способно порождать процессуально-правовых последствий - BGHZ 48, 35, 46; Monika Anders, in *Kommentar zur ZPO* § 1029 Rn. 10 (Adolf Baumbach et al. eds., 78th ed. 2020).

34 Так, АС МО, раскрывая третейское соглашение как функционально направленное на «минимизаци[ю] рисков, связанных с неизвестностью или неопределенностью места рассмотрения будущих споров», подчеркивал его материально-правовой эффект, заключающийся в «порождении определенных обязательств сторон по отношению друг к другу» - Постановление ФАС Московского округа от 07.08.2013 по делу N А41-4461/11. Похоже, данные обязательства направлены во исполнение указанной судом функции третейского соглашения.

За пределами России теория материально-правового эффекта третейского соглашения также получает широкое одобрение, см. Carlos Arrue-Montenegro, *L'Autonomie de la Volonté dans le Conflit de Juridictions* 81–82 (2011); Adrian Briggs, *Agreements on Jurisdiction and Choice of Law* 194–196 (2008); David Joseph, *Jurisdiction and Arbitration Agreements and Their Enforcement* 87 (2005); Simon Manner & Olivier Mosimann, *Damages and Fixed Sums for Breach of Arbitration Agreements*, in *Private Law: National – Global – Comparative. Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag* 1201 (Andrea Büchler & Markus Müller-Chen eds., 2011).

35 Постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 26.04.2019 N Ф01-754/2019 по делу N А28-2514/2018 (подтверждено в Определении Верховного Суда РФ от 08.07.2019 N 301-ЭС19-10296 по делу N А28-2514/2018); Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 05.12.2019 N Ф07-14667/2019 по делу N А56-124057/2018; Постановление Первого арбитражного апелляционного суда от 03.08.2018 N 01АП-6582/2018 по делу N А11-4165/2018; Постановление Второго арбитражного апелляционного суда от 13.04.2020 N 02АП-2656/2020 по делу N А28-18229/2019; Постановление Второго арбитражного апелляционного суда от 17.11.2016 N 02АП-10207/2016 по делу N А28-9088/2016; Постановление Восьмого арбитражного апелляционного суда от 06.11.2018 N 08АП-13405/2018 по делу N А46-13333/2018; Постановление Десятого арбитражного апелляционного суда от 04.05.2017 N 10АП-6635/2017 по делу N А41-9406/17; Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 01.09.2020 N 15АП-13798/2020 по делу N А32-23963/2020; Постановление Двенадцатого арбитражного апелляционного суда от 30.01.2017 по делу N А12-51077/2016; Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 07.11.2016 N 13АП-29077/2016 по делу N А56-38811/2016; Постановление Четырнадцатого арбитражного апелляционного суда от 25.12.2019 N 14АП-12814/2019 по делу N А13-17969/2019; Постановление Одиннадцатого арбитражного апелляционного суда от 28.03.2018 N 11АП-4705/2018 по делу N А55-719/2018.

36 Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 20.09.2013 по делу N А45-2739/2013

37 О смешанной природе третейской оговорки см. Определение Верховного Суда РФ от 16.06.2017 N 305-ЭС17-2959 по делу N А40-66494/16, а также Постановление ФАС Московского округа от 21.10.2003 N КГ-А40/7475-03 по делу N А40-52522/02-25-269, где «смешанная природа» была раскрыта довольно ограничительным образом, т.к. единственный материально-правовой аспект, который выделил суд, заключался в том, что к третейскому соглашению как к сделке применимы правила ГК о сделках, которые суд квалифицирует в качестве «материально-правовых». Следует отметить, что в сфере субстанциально схожих, пророгационных соглашений также обращается внимание на их смешанную природу, см. Постановление Четвертого арбитражного апелляционного суда от 25.10.2021 N 04АП-5779/2021 по делу N А19-8618/2021; Постановление Двадцатого арбитражного апелляционного суда от 03.09.2019 N 20АП-6175/2019 по делу N А68-4731/2019; Постановление Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда от 03.08.2021 N 18АП-11498/2021 по делу N А76-30492/2020; Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 30.04.2013 N 15АП-4379/2013 по делу N А53-32053/2012. В других странах суды также указывают на смешанную природу арбитражной оговорки, см., например, в Германии - 40 BGHZ 320, 322 (1964) = 17 NJW 591 (1964); 23 BGHZ 198, 200 (1957).

38 Постановление Десятого арбитражного апелляционного суда от 23.11.2017 N 10АП-18494/2017 по делу N А41-76957/17. К тому же выводу приходят и другие суды, см. Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 10.04.2019 N 13АП-9149/2019 по делу N А56-108168/2018 (подтверждено в Постановлении Арбитражного суда Северо-Западного округа от 28.08.2019 N Ф07-8100/2019 по делу N А56-108168/2018); Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 24.09.2014 по делу N А56-18089/2014.

39 Это утверждение, конечно же, не означает, что в других ситуациях материально-правовая квалификация арбитражного соглашения не имеет никакого значения. Так, из данной квалификации следует, что возможно взыскивать убытки за нарушение оговорки как за нарушение материального обязательства - см., например, María Viscasillas & David Muñoz, *CISG & Arbitration*, 2011 *Spain Arbitration Review | Revista del Club Español del Arbitraje* 63, 73.

40 Процессуальная природа арбитражной оговорки имеет подлинно широкое признание, см. в Германии - BGHZ 180, 221, 228; 99, 143, 147; Gottfried Hammer, *Überprüfung von Schiedsverfahren durch staatliche Gerichte in Deutschland* Rn. 156 (2018); Peter Schlosser, in *Zivilprozessordnung* § 1029 Rn. 1 (Friedrich Stein & Martin Jonas eds., 23rd ed. 2014); Andreas Mayr, *Schiedsvereinbarung und Privatrecht – Zu der Rechtsnatur und den Wirkungen der Schiedsvereinbarung* 189 (2019); Ingo Saenger, *Zivilprozessordnung* § 1029 Rn. 1 (9th ed. 2021); в Австрии - OGH, 22nd February, 2007, 3 Ob 281/06d; OGH, 24th July, 1997, 6 Ob 186/97i; OGH, 21st February, 1996, 7 Ob 502/96; Alice Fremuth-Wolf, *Die Schiedsvereinbarung im Zessionsfall* 61 (2004); Christoph Liebscher & Adolf Schmid, in Frank-Bernd Weigand, *Practitioner's Handbook on International Arbitration*, at p. 545, § 25 (2002); Hans Fasching, *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts* § 2171 (2nd ed. 1990); в Швейцарии - Judgment of 7 October 1933, Tobler v.

- Justizkommission des Kantons Schwyz, DFT 59 I 177, 179 (Swiss Fed. Trib.); Thomas Rüede & Reimer Hadenfeldt, Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht nach Konkordat und IPRG, at p. 8 § 46 (2nd ed. 1993); в Италии - Cass., 2 nd May, 1960, No. 269, Foro It. 1960, 736; в решениях арбитражей - Interim Award in ICC Case of 1995, 14 ASA Bull. 544, 556 (1996); Interim Award in VIAC Case No. SGH-5024 A of 5 August 2008, 2(2) Int'l J. Arab Arb. 341, 352 (2010). Любопытно, что одно из самых цитируемых в мире решений в обоснование процессуальной природы третейского соглашения имеет российские корни, т.к. оно было принято ВТАК при ТПП СССР, см. All-Union Foreign Trade Association "Sojuznefteexport" v. Joc Oil Limited, award 9 July 1984, ICAC Case no 109/1980 printed in Yearbook Commercial Arbitration vol 18 (1993), а также решение той же Комиссии - Tarapore award of 29 January 1974. Поэтому неудивительно, что в России до сих пор многие теоретики тяготеют к процессуальной теории оговорки, см.: Мусин В.А. Соглашения о третейском разбирательстве и медиации: сравнительный анализ. Арбитражные споры. 2015. N 3; Вершинин А.П. Арбитражное соглашение. Третейский суд при Санкт-Петербургской торгово-промышленной палате / Под ред. В.А. Мусина. СПб., 2001. С. 9.
- 41 Постановление ФАС Московского округа от 28.12.2006, 12.01.2007 N КГ-А40/11607-06 по делу N А40-82083/05-68-634, А40-82089/05-68-635. Схожей логикой, однако, без каких-либо выводов относительно природы оговорки, руководствовался ВС, определяя третейское соглашение как «устанавливающее взаимные права и обязанности сторон по вопросам ... разрешения возможного спора, а не определяющее ... гражданские права и обязанности сторон», см. Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 02.11.2016 N 306-ЭС16-4741 по делу N А65-19616/2015; п. 19 "Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации N 4 (2016)" (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 20.12.2016); Определение Верховного Суда РФ от 04.07.2018 N 307-ЭС18-8312 по делу N А56-41997/2016. Впрочем, за Верховный суд вывод был сделан другим судом, который ожидаемо разглядел в данной дефиниции основания для тезиса о том, что третейское соглашение носит исключительно процессуальный характер, см. Постановление Арбитражного суда Московского округа от 07.02.2019 N Ф05-16865/2018 по делу N А41-39100/16.
- 42 Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 21.04.2010 N 15АП-2372/2010 по делу N А53-26723/2009. Схожую формулировку имело решение состава арбитража ICC в деле Interim Award in ICC Case No. 4504, 113 J.D.I. (Clunet) 1118, 1119 (1986), который счел, что арбитражные соглашения являются не «простыми соглашениями лиц, но процессуальными соглашениями, подчиненными публичному праву».
- 43 См. Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 10.02.2010 по делу N А03-12592/2009 (подтверждено в Определении ВАС РФ от 19.05.2010 N ВАС-6004/10 по делу N А03-12592/2009); Постановление ФАС Северо-Западного округа от 18.04.2007 по делу N А26-7588/2006-19; Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 03.03.2009 N А33-12078/08-Ф02-631/09 по делу N А33-12078/08; Постановление ФАС Уральского округа от 20.09.2010 N Ф09-7091/10-С3 по делу N А76-9287/2010-42-284 Постановление Девятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 12.07.2019 N 19АП-4671/2019 по делу N А14-8922/2019.
- 44 Постановление ФАС Уральского округа от 27.04.2010 N Ф09-2752/10-С3 по делу N А60-55517/2009-С1; Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 23.08.2002 N Ф04/3024-382/А75-2002 по делу N А75-4705-Г/2001; Постановление ФАС Поволжского округа от 28.05.2010 по делу N А65-36554/2009; МКАС дело № 6/2003, решение от 7 сентября 2006 г. См. также дела, где, на основании самостоятельного, процессуального характера соглашения о подсудности, говорилось о невозможности его перехода по основаниям материально-правового правопреемства - Постановление ФАС Северо-Западного округа от 18.04.2007 по делу N А26-7588/2006-19; Постановление Седьмого арбитражного апелляционного суда от 05.03.2008 N 07АП-902/08 по делу N А45-5452/07-32/121 (Подтверждено в Определении ВАС РФ от 26.08.2008 N 10619/08 по делу N А45-5452/07-32/121); Постановление Одиннадцатого арбитражного апелляционного суда от 28.02.2012 по делу N А65-22839/2011; Постановление Двенадцатого арбитражного апелляционного суда от 30.09.2014 по делу N А06-5738/2014; Постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 12.11.2010 N 17АП-10980/2010-ГК по делу N А50-13110/2010; Постановление Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда от 20.08.2007 N 18АП-5915/2007 по делу N А76-9304/2007; Постановление Двадцатого арбитражного апелляционного суда от 15.10.2020 N 20АП-6211/2020 по делу N А23-4834/2020.
- 45 Справедливости ради следует признать, что существуют и другие воззрения, пусть и скупо обоснованные, которые не наблюдают в юрисдикционном эффекте процессуальной составляющей. Так, АС УО в деле Постановление ФАС Уральского округа от 18.07.2013 N Ф09-7262/13 по делу N А60-35929/2012, указал относительно юрисдикционного эффекта соглашения о подсудности, что на момент его заключения «участники материального правоотношения только в силу такого соглашения еще не приобретают статус сторон с ... процессуальными правами и обязанностями, а поэтому данное условие не носит исключительно процессуальный характер». К настоящему суждению суд присовокупил, что «процессуальное отношение является формой принудительной реализации материально-правовых норм», «в то время как соглашение о подсудности может заключаться сторонами до принятия судом искового заявления к своему производству. Иначе говоря, суд счел, что, в отсутствие участия суда, не может быть принудительной реализации закона, и, соответственно, процессуальных отношений (сторонником этого является, например, Осокина Г.Л. Гражданский процесс. Общая часть. М., 2003. С. 56; в целом же, мнение суда почти дословно воспроизводит позицию, высказанную в литературе. См. Курочкин С.А. О некоторых вопросах применения судами правил договорной подсудности // Российская юстиция. 2011. N 11. С. 27 – 30. С. 3.; Курочкин С.А. Соглашения в гражданском процессе // Вестник гражданского процесса. 2012. N 3. С. 52 – 72. С. 8.). Заметим, что критерий процессуальности, избранный судом, носит откровенно упрощенческий характер, подменяя поиск и рассмотрение самой сущности отношения на примитивную констатацию наличия специфического субъекта-суда и применение им материальных норм. Процессуальные отношения не являются формой материальных, и, тем более, не всегда основываются на применении материально-правовых норм. В свою очередь, оторванной

от реальности фантастикой выглядит принудительная реализация соглашения о подсудности, т.к. оно либо существует и объективно порождает соответствующие юрисдикционные последствия, либо в принципе не существует и не порождает ничего, а третьего не дано.

46 См. решения, в которых указывалось, оговорки процессуального характера сохраняются при переходе материального права - Определение ВАС РФ от 25.06.2012 N ВАС-6012/12 по делу N А64-3644/2011; Определение ВАС РФ от 24.03.2011 N ВАС-2755/11 по делу N А33-9927/2010; Постановление ФАС Московского округа от 11.07.2013 по делу N А40-77192/12-137-717 (подтверждено в Определении ВАС РФ от 30.10.2013 N ВАС-14683/13 по делу N А40-77192/2012-137-717); Постановление ФАС Поволжского округа от 15.12.2011 по делу N А57-236/2011 (подтверждено в Определении ВАС РФ от 08.02.2012 N ВАС-372/12 по делу N А57-236/2011). Особенно ценны некоторые решения, которые, относительно соглашений о подсудности, в одном абзаце прямо указывают, что они имеют процессуальный характер и не являются элементами материальных правоотношений, но, ровно абзацем ниже, верно отмечают, что эти соглашения, как оговорки процессуального характера, переходят вместе с материальным правом. См. Постановление ФАС Уральского округа от 24.02.2012 N Ф09-564/12 по делу N А50-19550/2011; Постановление Двенадцатого арбитражного апелляционного суда от 10.01.2013 по делу N А12-27628/2012; Постановление Двенадцатого арбитражного апелляционного суда от 01.10.2012 по делу N А12-17512/2012. Данный подход разительно контрастирует с тем, который избирается адептами гомогенности субъективных прав.

47 См., например, Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации от 25.02.2020 N 4-КГ19-85, 2-682/2011; Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации от 21.01.2020 N 5-КГ19-233, 2-3885/2017; Определение Верховного Суда РФ от 21.01.2019 N 307-ЭС18-23943 по делу N А56-14482/2017.

48 Постановление Конституционного Суда РФ от 16.11.2018 N 43-П, п. 5.

49 Определение Конституционного Суда РФ от 23.07.2020 N 1793-О; Определение Конституционного Суда РФ от 28.05.2020 N 1235-О. Данный подход был поддержан также в решениях ВС, см. Определение Верховного Суда РФ от 02.08.2021 N 305-ЭС19-16340 по делу N А40-48672/2018; Определение Верховного Суда РФ от 26.02.2018 N 303-ЭС17-23446 по делу N А59-3184/2013. Решения нижестоящих судов находятся в той же канве, см. Постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 22.04.2021 N Ф01-1601/2021 по делу N А79-1512/2020 (подтверждено в Определении Верховного Суда РФ от 14.07.2021 N 301-ЭС21-14135 по делу N А79-1512/2020); Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 06.08.2021 N Ф04-3341/2021 по делу N А03-21357/2018 (Определение Верховного Суда РФ от 23.11.2021 N 304-ЭС21-22310 по делу N А03-21357/2018); Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 01.02.2021 N Ф09-8909/20 по делу N А76-36380/2017 (подтверждено в Определении Верховного Суда РФ от 07.06.2021 N 309-ЭС21-7046 по делу N А76-36380/2017)..

50 Некоторые суды разделяют предложенный нами подход. Так, в Постановлении ФАС Уральского округа от 06.05.2014 N Ф09-1896/14 по делу N А60-28485/2013 (подтверждено в Определении ВАС РФ от 26.06.2014 N ВАС-7643/14 по делу N А60-28485/2013), были отклонены ссылки заявителя на то, что материальное правопреемство не порождает непосредственно правопреемство процессуальное. Кроме того, в практике указывалось, что процессуальное правопреемство должно признаваться последствием правопреемства в материальных отношениях, см. Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 25.04.2017 N Ф07-3120/2017 по делу N А56-57096/2013; Постановление Четырнадцатого арбитражного апелляционного суда от 05.06.2017 по делу N А52-2832/2015.

51 Некоторые ученые, следует отметить, раздвигают границы разумного и выходят за рамки указанной дихотомии, объявляя арбитражное соглашение имеющим особую природу. См., например, Jacqueline Rubellin-Devichi, *L'Arbitrage: Nature Juridique, Droit Interne et Droit International Privé* 365 (1965). Подобный подход, вместо того, чтобы давать ответы на вопрос, только порождает дополнительные вопросы относительно того, в чем же конкретно выражается заявленная особенность арбитражного соглашения.

52 Нагромождение синонимических оборотов является, в данном случае, не прихотью авторов, но исключительно насущной потребностью в описании сложного явления, которое невозможно очертить простым выражением, таким как «оговорка является частью права», т.к. оно носит узкий, специальный характер, и не способно охватить собой соседствующие подходы, единые той же целью – уяснить оговорку материальному праву. Именно в направлении этой политико-правовой цели движутся догматически отличные подходы, причем иногда суды даже не скрывают, что им, собственно, безразлично, посредством какого подхода достичь этой цели, и, поэтому, могут альтернативно заявлять различные подходы. См. в качестве примера *The Padre Island* [1990] 2 *Lloyd's Rep* 191 at 200 - “an [arbitration] agreement must be treated as transferred to the [...] transferee as part of, or as inseparably connected with, the [material] right”.

53 Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 18.03.2010 N 15АП-1949/2010 по делу N А53-22099/2009; Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 20.05.2010 N 15АП-4944/2010 по делу N А53-30018/2009; Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 26.04.2010 N 15АП-3888/2010 по делу N А53-30017/2009.

54 Определение ВАС РФ от 21.02.2012 N ВАС-17757/11 по делу N А40-21083/2011-141-178; Постановление Президиума ВАС РФ от 10.04.2012 N 17757/11 по делу N А40-21083/11-141-178; Определение ВАС РФ от 08.06.2012 N ВАС-531/12 по делу N А40-42204/11-8-361

См., в первую очередь, одно из самых первых дел в высшей судебной инстанции, с легкой руки которого рассматриваемая теория начала пускать свои корни. Постановление Президиума ВАС РФ от 17.06.1997 N 1533/97 (примечательно, что суд говорит не просто о составной части права требования, но о части «содержания (sic) права требования»). При всей своей малоаргументированности, данное Постановление имело ключевой характер, и стало одним из самых цитируемых по тематике правопреемства судебных актов. См., например, следующую судебную практику - Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 05.03.2019 N Ф04-7006/2019 по делу N А03-720/2018 (подтверждено в Определении Верховного Суда РФ от 01.07.2019 N 304-ЭС19-9687 по делу N А03-720/2018); Постановление Арбитражного суда Московского округа от 19.09.2019 N Ф05-15257/2019 по делу N А40-212166/2018 (подтверждено в Определении Верховного Суда РФ от 21.01.2020 N 305-ЭС19-25803 по делу N А40-212166/2018); Постановление ФАС Поволжского округа от 28.02.2012 по делу N А65-20364/2011; Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 12.01.2018 N Ф07-14879/2017 по делу N А56-31269/2017.

Арбитражи в своих решениях также разделяют позицию, согласно которой арбитражная оговорка, относясь к праву на иск, является составной частью материального права – см. Решение МКАС при ТПП РФ от 23.05.2003 по делу N 161/2002; Решение МКАС при ТПП РФ от 29.01.2014 по делу N 180/2013; Решение МКАС при ТПП РФ от 27.10.2003 по делу N 30/2003; Решение МКАС при ТПП РФ от 27.10.2003 по делу N 29/2003.

В литературе с одобрением указывается, что оговорка лишь мысленно отделима от материального права, хотя на самом деле едина с ним, см. Klaus Peter Berger, *The Arbitration Agreement under the Swedish 1999 Arbitration Act and the German 1998 Arbitration Act*, 17 *Arbitration International* 389, 392 (2001); Marie-Laure Noboyet-Hoegy, *Note on Cass.*, 1re civ., 6th December, 1988, 117 *JDI* 134, 140 (1990). В том же духе говорит и практика, см., например, *CA Paris (1re Ch. suppl.)*, 28th January, 1988, *Société C.C.C. Filmkunst GmbH v. Société Etablissement de Diffusion Internationale de Films*, 34 *Rev. arb.* 565, 568 (1988) – «арбитражная оговорка неотделима от экономики [материального] договора» (“Indissociable de l'économie du contrat”).

Иностранные решения, принимаемые в подобной парадигме, терминологически близки к российским и также обозначают оговорку как составную часть материального права - *Re Lowenthal*, 199 *App. Div.* 39, 44 (*Sup. Ct.*, 1921), *aff'd without opinion in* 233 *N.Y.* 621, 135 *N.E.* 944 (*N.Y. Court of Appeals*, 1922); *Matter of Lipman v. Haeuser*, 289 *N.Y.* 76, 43 *N.E.2d* 817, 819; *aff'd* 289 *N.Y.* 647 (*N.Y. Court of Appeals*, 1942); *Bulgarian Chamber of Commerce Arbitration Case No. 55/2003*.

Впрочем, если полагать, что право на защиту (remedy) находится за пределами материального права, то арбитражная оговорка будет относиться к первому, в то время как к материальному праву - нет. См., например, *The Eros*, 241 *F.* 186, 191 (1916); *Aktieselskabet Korn-Og Foderstof Kompagniet v. Rederiaktiebolaget Atlanten*, 232 *F.* 403, 405 (1916); *Meacham v. Jamestown*, 211 *N.Y.* 346, 348 (1914). В то же время, следует отметить, что в практике стран общего права не достигнуто полного консенсуса по поводу того, необходимо ли выносить remedy за пределы материального права или же она должна пониматься как его часть. В обоснование последнего подхода, см. решение ВС США *Von Hoffman v. City of Quincy*, 71 *U.S.* 535, 552 (1866): “Nothing can be more material to the obligation than the means of enforcement. Without the remedy the contract may, indeed, in the sense of the law, be said not to exist [...]. The ideas of validity and remedy are inseparable, and both are parts of the obligation”.

56 Определение ВАС РФ от 17.09.2010 N ВАС-12273/10 по делу N А53-27640/2009; Определение ВАС РФ от 01.02.2010 N ВАС-15887/09 по делу N А56-29770/2009; Определение ВАС РФ от 22.07.2013 N ВАС-9289/13 по делу N А56-27609/2012; Определение ВАС РФ от 30.08.2012 N ВАС-11274/12 по делу N А40-61604/11-69-527; Определение ВАС РФ от 26.01.2012 N ВАС-9094/11 по делу N А40-117038/10-141-979; Определение ВАС РФ от 02.09.2013 N ВАС-12075/13 по делу N А60-459/2013. Подобное утверждение сравнимо с теми, кто полагает право на иск (то самое, на которое суд указал в своей цитате посредством слов «право на защиту») составной частью материального права – см. 130 *ATF III* 417, 427, § 3.4 (2004); 86 *ATF II* 41, 45, § 4a (1960); 78 *ATF II* 265, 274, § 3a (1952); *Nicolas de Gottrau, Cession à Fin de Garantie: Droit du Cédant de Faire Valoir en son Nom une Créance Cédée Contre le Débiteur Cédé*, 79 *SZW/RSDA* 113, 120 (2007); *Pierre Engel, Traité des Obligations en Droit Suisse* 8 (1997) (право на иск является “оружием материального права”).

57 Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 13.12.2012 по делу N А45-18317/2012; Постановление ФАС Уральского округа от 31.07.2013 N Ф09-7217/13 по делу N А60-459/2013 (подтверждено в Определении ВАС РФ от 02.09.2013 N ВАС-12075/13 по делу N А60-459/2013); Постановление ФАС Северо-Западного округа от 05.10.2012 по делу N А56-20435/2012. См. тоже самое относительно соглашений о подсудности - Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 05.12.2019 N Ф07-14667/2019 по делу N А56-124057/2018; Постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 26.04.2019 N Ф01-754/2019 по делу N А28-2514/2018 (подтверждено в Определении Верховного Суда РФ от 08.07.2019 N 301-ЭС19-10296 по делу N А28-2514/2018); Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 05.03.2021 N 09АП-75888/2020 по делу N А40-95300/2020; Постановление Одиннадцатого арбитражного апелляционного суда от 24.08.2020 N 11АП-11364/2020 по делу N А65-5910/2020.

58 Определение ВАС РФ от 01.02.2010 N ВАС-15887/09 по делу N А56-29770/2009; Постановление ФАС Московского округа от 25.06.2013 по делу N А40-173567/12-50-1732 (подтверждено в Определении ВАС РФ от 02.09.2013 N ВАС-11366/13 по делу N А40-173567/12-50-1732); Постановление ФАС Поволжского округа от 29.08.2011 по делу N А65-7660/2011; Постановление ФАС Поволжского округа от 20.12.2010 по делу N А65-18950/2010; Постановление ФАС Московского округа от 12.07.2012 по делу N А40-15455/12-36-46; Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 03.03.2014 по делу N А56-46137/2013

(Постановление ФАС Северо-Западного округа от 10.06.2014 N Ф07-3197/2014 по делу N А56-46137/2013). См. тоже самое относительно соглашений о подсудности - Постановление ФАС Северо-Западного округа от 01.02.2011 по делу N А21-13974/2009; Постановление ФАС Северо-Западного округа от 14.05.2010 по делу N А13-14158/2009. В мировой практике также встречаются подобные мнения - так, например, английский суд указывал, что арбитражная оговорка является "неотделимым компонентом" договора. См. *West Tankers Inc. v Ras Riunione Adriatica Di Sicurta (The Front Commor)* [2005] 2 Lloyd's Rep. 257. Para. 33

59 Некоторыми судами право на иск (к которому относят арбитражную оговорку) квалифицируется именно как свойство материального права - OGH, 7 SZ 279 (1925).

60 Jean-Louis Goutal, *L'Arbitrage et les Tiers - I. Le droit des contrats*, 34 Rev. Arb 439, 470 (1988); Cécile Legros, *L'Arbitrage et les Opérations Juridiques à Trois Personnes* 60, 119 (1999); BGE 56 I 509.

61 Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 16.02.1998 N 29 "Обзор судебной - арбитражной практики разрешения споров по делам с участием иностранных лиц", п. 15 ; Постановление ФАС Московского округа от 12.03.2010 N КГ-А40/1863-10 по делу N А40-85420/09-25-353; Постановление ФАС Московского округа от 18.08.2005 N КГ-А40/5953-05; Постановление ФАС Поволжского округа от 04.09.2008 по делу N А55-4632/2008; Постановление ФАС Поволжского округа от 02.09.2008 по делу N А55-3732/2008; Постановление ФАС Уральского округа от 22.10.2002 N Ф09-2554/02-ГК по делу N А60-8049/02; Решение МКАС при ТПП РФ от 08.04.2009 по делу N 90/2008; Решение МКАС при ТПП РФ от 15.07.2013 N 61/2012. См. также относительно соглашений о подсудности - Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 04.07.2018 N Ф07-5858/2018 по делу N А56-60923/2017 (подтверждено в Определении Верховного Суда РФ от 31.08.2018 N 307-ЭС18-12852 по делу N А56-60923/2017); Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 26.10.2018 N Ф07-13357/2018 по делу N А56-65199/2017; Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 21.12.2017 N Ф07-15294/2017 по делу N А56-66160/2017

62 Постановление ФАС Северо-Западного округа от 12.04.2010 по делу N А13-14831/2009; Постановление ФАС Северо-Западного округа от 06.03.2013 по делу N А56-61649/2012; Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 18.01.2012 по делу N А56-34365/2011; Постановление Четырнадцатого арбитражного апелляционного суда от 06.03.2017 по делу N А13-13130/2016; МКАС Дело N 71/2005, решение от 20.03.2006; Решение МКАС при ТПП РФ от 20.02.2013 по делу N 100/2012.

Примечательно, что иногда судами противопоставляется право требования и порядок его реализации, при этом суды, на основании статьи 384 ГК РФ, все же приходят к выводу о полном переходе порядка реализации требования (к которому относится арбитражная оговорка) вместе с самим правом требования – см. Постановление Арбитражного суда Московского округа от 24.07.2018 N Ф05-10997/2018 по делу N А40-112044/2017. Выходит, порядок реализации требования как бы связан с самим правом, и переходит в силу этой связанности.

63 Так, в одном деле ВАС (Определение ВАС РФ от 30.12.2008 N 17109/08 по делу N А40-21993/08-47-230) указал, что вместе с материальным правом к новому кредитору переходят также и другие права. По мнению суда, в «состав передаваемых прав входят и дополнительно существовавшие к моменту передачи права», к которым суд отнес арбитражную оговорку, прямо сравнив её с акцессорными правами по способам обеспечения обязательств. Таким образом, арбитражная оговорка была признана акцессорным правом, которое призвано обслуживать материальное право, быть его принадлежностью. См. такие же позиции других судов - Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 04.06.2010 по делу N А53-27640/2009 (подтверждено в Определении ВАС РФ от 17.09.2010 N ВАС-12273/10 по делу N А53-27640/2009); Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 04.08.2010 по делу N А53-26728/2009; Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 16.11.2010 по делу N А53-26722/2009; Постановление ФАС Уральского округа от 23.10.2013 N Ф09-9257/13 по делу N А50-21346/2012. По удивительному совпадению, подобная формулировка судов слово в слово повторяет положение классического учебника по договорному праву, и отличается от него лишь тем, что были, во-первых, добавлены слова про арбитражную оговорку, и, во-вторых, была исключена характеристика передаваемых вместе с материальным правом прав в качестве «субсидиарных» - См. Брагинский М.И., Витрянский В.В., *Договорное право. Общие положения // Статут, 2001. С. 399.*

Позиция о том, что арбитражная оговорка является принадлежностью основного права и акцессорна по отношению к нему, является достаточно распространенной, см. в общем праве: *Fiona Trust & Holding Corp. v. Privalov* [2007] EWCA Civ 20, 22-23 (English Ct. App.); *OK Petroleum AB v. Vitol Energy SA* [1995] CLC 850, 857 (QB) (English High Ct.); *AstraZeneca UK Ltd v. Albemarle Int'l Corp.* [2010] EWHC 1028, ¶198 (Comm); *Bremer Vulkan Schiffbau und Maschinenfabrik v. S. India Shipping Corp. Ltd* [1981] AC 909, 980 (House of Lords); *Stavros Brekoulakis, Third Parties in International Commercial Arbitration* 33 (2010);

На континенте, см.: Xavier Pradel, *Cession de Créance et Transfert de la Clause Compromissoire*, 2003 Dalloz 569; Jean Billemont, *La Liberté Contractuelle à l'Épreuve de l'Arbitrage* § 323, p. 231 (2013); Cour d'appel de Paris, 10 September 2003, *Société Quille vs. SA CEE Euro Isolation*, in Rev. arb. 3/2004, 624; Paris Court of Appeals of 13 November 1992 First Suppl. Ch., 1993 Rev. Arb. 632; BGE 103 II 75 E.3 (суд цитирует множество швейцарских источников в поддержку данной позиции); Eugen Bucher, *Obligationenrecht Allgemeiner Teil* 570 (2 ed. 1988); Bernhard Berger, *Allgemeines Schuldrecht* at N 2149 (2nd ed. 2012); Swiss Federal Tribunal, decision of 7 August 2001, published in ASA Bull. 1/2002, p. 88; Daniel Girsberger & Christian Hausmaninger, *Assignment of Rights and Agreement to Arbitrate*, 8 *Arbitration International* 121, 137 (1992); Daniel Girsberger, *The Law Applicable to the Assignment of Claims Subject to an Arbitration Agreement*, in *Conflict of Laws in International Arbitration* 387 (Franco Ferrari & Stefan Kröll eds., 2010) См. также германскую позицию, близкую к теории принадлежности, согласно

- которой оговорка является вспомогательной по отношению к основному договору - BGH, Urteil vom 2.10. 1997 - III ZR 2/96; Helmut Heinrichs, in Otto Palandt, BGB § 398 Rn. 18 (56th ed.).
- 64 Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 08.10.2004 N A43-8080/2004-23-220.
- 65 См. подобную практику относительно оговорок об изменении подсудности - Постановление Восьмого арбитражного апелляционного суда от 30.06.2009 N 08АП-4106/2009 по делу N A70-4477/2009 (подтверждено в Определении ВАС РФ от 11.11.2009 N ВАС-9409/09 по делу N A70-4477/2009); Постановление ФАС Московского округа от 12.10.1998 N КГ-А40/2583-98; Постановление Шестнадцатого арбитражного апелляционного суда от 27.09.2012 по делу N А25-272/2012; Постановление Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда от 17.12.2018 N 18АП-18785/2018 по делу N А07-14468/2018; Постановление Двадцать первого арбитражного апелляционного суда от 09.12.2019 N 21АП-4234/2019 по делу N А83-15796/2019.
- 66 Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 21.04.2010 N 15АП-2372/2010 по делу N А53-26723/2009.
- 67 Ср. «[в] объем субъективного гражданского права входит не только правомочие требования [...], но и правомочие на защиту» - Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 17.09.2019 N 303-ЭС19-7300 по делу N А51-1928/2018; Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 14.10.2019 N Ф03-3446/2019 по делу N А73-7519/2012 (подтверждено в Определении Верховного Суда РФ от 20.01.2020 N 303-ЭС14-5449(17) по делу N А73-7519/2012); Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 27.09.2019 N Ф09-4897/19 по делу N А60-60148/2018.
- 68 Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 25.10.2012 по делу N А56-20800/2011 (подтверждено в Постановлении ФАС Северо-Западного округа от 20.02.2013 по делу N А56-20800/2011).
- 69 Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 25.01.2018 N 09АП-60153/2017 по делу N А40-70334/17 (подтверждено в Постановлении Арбитражного суда Московского округа от 31.05.2018 N Ф05-6731/2018 по делу N А40-70334/2017).
- 70 Определение ВАС РФ от 03.03.2009 N 17481/08 по делу N А40-28757/08-25-228
- 71 Принцип автономии арбитражных соглашений, на который нередко ссылки в обоснование отдельности арбитражной оговорки от материальных прав, скорее является суррогатом обоснования, нежели чем действительным доказательством. Более того, ссылки на данный принцип в обоснование незаключенности/недействительности оговорки особенно сомнительны, т.к. этот принцип разрабатывался всего лишь как продолжение и отражение проарбитражного подхода, поэтому арбитражные оговорки, согласно нему, являются не в принципе независимыми, но автономными «только для [целей] сохранения юридической силы оговорки в том случае, когда [материально-правовой] договор признается недействительным» - Определение ВАС РФ от 17.09.2010 N ВАС-12273/10 по делу N А53-27640/2009; Определение ВАС РФ от 01.02.2010 N ВАС-15887/09 по делу N А56-29770/2009; Постановление ФАС Поволжского округа от 29.08.2011 по делу N А65-7660/2011; Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 10.08.2016 N Ф04-3615/2016 по делу N А45-3316/2016. Ср. с этим решения в других юрисдикциях, в которых суды, применяя пресловутый принцип, также акцентируют внимание на его значимость именно в контексте защиты оговорки от автоматической трансляции на неё недействительности основного договора - Judgment of 7 May 1963, Ets Raymond Gosset v. Carapelli, JCP G 1963, II, 13, ¶405 (French Cour de Cassation Civ. 1); Judgment of 25 November 2008, Sté Les Pains du Sud v. Sté Spa Tagliavini, 2008 Rev. Arb. 681, 681-82 (French Cour de Cassation Civ. 1).
- 72 Споры в арбитраже, в результате которых устанавливается, что основной договор никогда не существовал, в отличие от арбитражной оговорки, не являются чем-то из ряда вон выходящим и вполне характерны для экономического оборота, см. Sphere Drake Ins. Ltd v. All Am. Ins. Co., 256 F.3d 587, 591-92 (7th Cir. 2001); Nicaragua v. Standard Fruit Co., 937 F.2d 469, 477 (9th Cir. 1991); A. Samuel, Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration 174 (1989).
- 73 Так, верно отмечалось, что принадлежность права требования не может иметь никакой другой цели и эффекта, кроме как усиления господствующего права требования, Michel Cabrillac, Les Accessoires de la Créance 107 et seq. (1983).
- 74 См. подробнее о закономерной критике теории арбитражной оговорки как принадлежности материального права, например, в Италии - Cass., Sez. I civile, 19th September, 2003, n. 13893, Impregilo Spa v. Ministero degli Esteri, 14 Riv. arb. 467, 468 (2004); во Франции - Marcel Libchaber, Note sous Cass. 1re civ. 6 févr. 2001, Defrénois 2001, p. 708; Geneviève Viney, Introduction à la Responsabilité para. 189-4 (1995).
- 75 Поэтому мы не согласны с английским судом в деле Westacre Invs. Inc. v. Jugoinport-SDPR Holdings Co. [1998] 4 All ER 570 (QB) (English High Ct.), в котором суд указал, что арбитражное соглашение является «по своей природе и функции паразитическим» в отношении к основному договору.
- 76 То, что оговорка имеет свое самостоятельное существование, но лишь накладывает отпечаток на переходящее право, позволяет оговорке сохранить свое действие относительно споров должника с цедентом, даже когда право, относительно которого была установлена арбитражная оговорка, было передано цессионарию. Если рассматривать оговорку исключительно как часть материального права, то даже если *ratione materiae* оговорка охватывает споры должника с цедентом, она не могла бы распространяться на цедента, т.к. вместе с материальным правом цессионарию всецело, как часть переданного права, переходила бы арбитражная

оговорка. Наоборот, если считать оговорку лишь накладывающей отпечаток на материальное право, то акт передачи материального права вмещал бы в себя исключительно передачу отпечатка оговорки, в связи с чем оговорка бы действовала как в отношениях должника с цессионарием, так и в его отношениях с цедентом.

77

Возникновение силы у старой оговорки принципиально отличается от заключения нового третейского соглашения, что может иметь далекоидущие следствия практического порядка. Если рассуждать о примерах, то в судебной практике возможно столкнуться с убеждением, что с момента возбуждения в отношении должника производства по делу о банкротстве (или с момента введения банкротных процедур в отношении него) последний лишается права на заключение арбитражных соглашений - Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 17.07.2018 N Ф07-6974/2018 по делу N А13-6542/2015; Постановление Восьмого арбитражного апелляционного суда от 14.02.2013 по делу N А46-25663/2012. О лишении права на заключение оговорок с момента введения банкротных процедур, см. Постановление ФАС Северо-Западного округа от 22.05.2013 по делу N А56-16224/2012 (подтверждено в Определении ВАС РФ от 11.09.2013 N ВАС-12053/13 по делу N А56-16224/2012); Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 19.01.2015 N Ф08-10198/2014 по делу N А63-16447/2012; Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 24.12.2014 N Ф08-10186/2014 по делу N А63-16447/2012; Постановление ФАС Поволжского округа от 30.08.2010 по делу N А55-3748/2010; Постановление ФАС Поволжского округа от 07.06.2010 по делу N А55-2530/2010. Подобные позиции, хотя и подвергаются обоснованной критике как не основанные на законе (см. Постановление ФАС Московского округа от 09.02.2012 по делу N А41-18912/09; Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 27.07.2012 по делу N А21-15189/2009 (подтверждено в Определении ВАС РФ от 10.12.2012 N ВАС-14150/12 по делу N А21-15189/2009)), все же существуют, и с ними невозможно не считаться. Соответственно, если считать, что согласие правопреемника порождает новую оговорку, то действительность этой оговорки может быть поставлена под сомнение в представленных случаях, однако для такого развития событий не будет ни малейшего шанса, если полагать, что старая оговорка уже существует, а с момента согласия правопреемника лишь приобретает свое действие.