



Интервью **Михаила Григорьевича РОЗЕНБЕРГА** для журнала «ЗАКОН» № 10 за 2008 г., посвященного проблемам международного частного права

НЕОБХОДИМ ЧЕТКИЙ ПЕРЕЧЕНЬ ПРИНЦИПОВ ПРАВА

Родился 18 февраля 1925 г. в Одессе. В 1948 г. окончил юридический факультет Института внешней торговли. В 1948–1963 гг. — юридический советник во внешнеэкономических объединениях системы Минвнешторга СССР. С 1963 г. — старший преподаватель, доцент, профессор Академии внешней торговли. С 1970 г. — арбитр МКАС при ТПП СССР (РФ). В течение 15 лет являлся профессором Московского института международного бизнеса. Участвовал в работе над проектами: ГК РФ; Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров (Вена, 1980); Конвенции об исковой давности в международной купле-продаже товаров (Нью-Йорк, 1974); всех редакций Общих условий поставок СЭВ (1957—1988); Общих условий поставок СССР — КНР, СССР — КНДР, СССР — СФРЮ, СЭВ — Финляндия; Основных условий регулирования договорных отношений при осуществлении экспортно-импортных операций; Условий по поставкам товаров для экспорта; Условий выполнения заказов на импорт товаров. В качестве арбитра в 1970–2008 гг. участвовал в разрешении более сотни споров в МКАС при ТПП РФ (Арбитражном суде при ТПП СССР и ТПП РФ).

— Можно ли подчинить иностранному праву отношения, не осложненные иностранным элементом?

— Общепринятый подход международного частного права заключается в том, что только при наличии иностранного элемента может решаться вопрос о применении иностранного права. Нет никаких юридических оснований для того, чтобы применять иностранное право к внутренним отношениям.

Тем не менее если вопрос регулируется диспозитивными нормами российского права, то стороны имеют возможность включать в свои договоры положения, заимствованные из иностранного права, при условии, что такие положения не будут противоречить внутренним императивным нормам применимого национального права.

Приведу пример. Как известно, общий срок исковой давности по нашему законодательству составляет

3 года, по бельгийскому — 30 лет, по германскому — 3 года, но есть сокращенные сроки, предусмотренные новой редакцией Германского гражданского уложения. Во Франции было 10 лет, теперь — 5. В США для международной купли-продажи — 4 года, в Великобритании — 6 лет, в Японии — 5. В ГК РФ есть положение, запрещающее сторонам своим соглашением изменять сроки исковой давности и порядок их исчисления. Таким образом, если стороны (российские организации) предусмотрят применение к своим отношениям положений иностранного права, то в части исковой давности российский суд применит российское право.

Повторюсь: ничто не мешает нашим организациям и гражданам, когда идет речь о диспозитивных нормах нашего закона, использовать положения иностранного права в качестве условий договора.

— Точно так же, как, например, сослаться в договоре на утративший силу акт?

— Да. Должен сказать, что я, будучи членом Научно-консультативного совета при Высшем Арбитражном Суде РФ, принимал участие в обсуждении проекта Постановления Пленума ВАС, в котором этот вопрос рассматривался¹. Пленум пришел к выводу, что Положения о поставках продукции и товаров, утвержденные Правительством СССР в 1988 г., а также Инструкции, утвержденные постановлениями Госарбитража СССР, о порядке приемки товаров и продукции применяются в случае, если стороны указали на их применение в договоре.

С введением в действие части второй ГК Положения о поставке и указанные Инструкции утратили нормативное значение. Но это ведь не препятствует сторонам ссылаться на эти документы при заключении договора. При этом применяться такие акты будут только в части, о применении которой договорились стороны, при условии, что их договоренность не противоречит императивным правилам закона. Это прямо предусмотрено в Постановлении Пленума ВАС.

¹ Речь идет о Постановлении Пленума ВАС РФ от 22.10.1997 № 18 «О некоторых вопросах, связанных с применением положений Гражданского кодекса Российской Федерации о договоре поставки». — Прим. ред.

Вернемся к основному вопросу. В Комментариях к третьей части ГК РФ, подготовленном Институтом государства и права РАН, Е.В. Кабатова высказала точку зрения, в соответствии с которой не запрещено подчинять иностранному праву отношения, не осложненные иностранным элементом. Ее позицию поддержал и А.В. Асосков, опубликовав большую статью на эту тему.

Мое мнение совпадает с позицией других разработчиков проекта третьей части ГК РФ, а именно: А.Л. Маковского, А.С. Комарова, А.Н. Жильцова, В.П. Звекова.

Мы полагаем, что закон не допускает возможности договориться о применении иностранного права, если отношения сторон не осложнены иностранным элементом. Статья 1186 ГК РФ прямо говорит о том, что должен быть иностранный элемент. Когда он есть, вы можете оговорить применение разных систем права по разным вопросам. Именно с учетом общих положений ст. 1186 ГК РФ нужно толковать то, что написано в ст. 1210 ГК РФ.

Это мы имели в виду, когда готовили проект.

— Есть еще одна проблема. Стороны зачастую искусственно осложняют свои отношения иностранным элементом, чтобы подчинить их иностранному праву. Как Вы это прокомментируете?

— Когда у нас подчиняют договоры иностранному праву — чаще всего английскому, — забывают очень важную вещь: английское право построено на системе прецедентов. Получается, что стороны для того, чтобы установить содержание конкретной нормы английского права, должны следить за тем, какие решения выносили зарубежные суды соответствующего уровня. А там меняются точки зрения, создаются новые прецеденты. Даже если вы договорились о применении другой системы права, не построенной на прецедентах, надо иметь в виду, что вопросы, разрешаемые высшими судебными инстанциями иностранного государства, их разъяснения в ряде случаев также принимаются во внимание судами. А ведь у нас в законе написано, что при толковании иностранного закона учитывается буквальное содержание нормы, практика ее применения и доктрина. Значит, когда мы применяем иностранное право, в целом ряде случаев при-

ходится выяснять, как к этому относится зарубежная доктрина, какова судебная практика, какие действуют разъяснения высших судов. Стороны зачастую оказываются в затруднительном положении. В ряде случаев при рассмотрении спора мы привлекаем специалистов по иностранному праву — иностранных адвокатов или российских юристов, которые работают в соответствующей области. Нередко нам представляются affidavits, т.е. письменные показания, данные иностранным должностным лицом или специалистом. Впрочем, и они не бесспорны, другая сторона может попытаться доказать обратное. Применение иностранного права — достаточно сложная вещь. И надо быть очень внимательным в этих вопросах.

Приведу пример. Мне довелось быть арбитром в одном рассматривавшемся МКАС деле. Отечественная и кипрская фирмы спорили по договору поставки. Надо сказать, что кипрская сторона вообще не пыталась возражать по существу, зато заявляла процессуальные ходатайства, направленные на затягивание разбирательства дела. После того как мы отказали в удовлетворении очередного ходатайства, кипрский адвокат потребовал прекращения производства по делу во МКАС, мотивируя свое решение следующим: истец (российский завод) заявил в кипрский государственный суд требование о принятии обеспечительных мер по иску, предъявленному во МКАС. Адвокат ответчика заявил, что в соответствии с кипрской судебной практикой, коль скоро заявляется иск об обеспечении иска в государственный кипрский суд, истец тем самым отказывается от третейской записи. А это, в свою очередь, означает, что спор по существу компетентен рассматривать государственный кипрский суд. Адвокат ответчика ожидал, что мы долго будем исследовать эту практику, выразил готовность представить дополнительные доказательства по этому вопросу. Мы сделали перерыв. Через полчаса вынесли постановление об отклонении его ходатайства. На каком основании? Когда спор разрешается у нас в суде, мы руководствуемся собственным законом, а наш закон говорит прямо: обращение о принятии мер по обеспечению иска не затрагивает третейской оговорки. Второе. В Интернете был найден кипрский Закон о международном коммерческом арбитраже, который слово в слово повторяет это положение нашего закона, потому что оба построены на основе типового закона ЮНСИТРАЛ. В чем лукавство кипрского адвоката? Он сказал правду, но только наполовину. Такая практика действительно

есть, но она касается внутренних кипрских третейских судов, а не международных коммерческих арбитражей.

— Существует практика отказа российскими судами в приведении в исполнение решений международных коммерческих арбитражей по мотивам их противоречия публичному порядку. А что, собственно, такое «публичный порядок»?

— Публичный порядок — это основополагающие принципы права.

Если решение было вынесено без учета конкретной нормы или с нарушением процедуры — это еще не значит, что оно противоречит публичному порядку.

А у нас буквально в каждом деле, когда пытаются оспорить решение международного коммерческого арбитража, говорят, что решение противоречит публичному порядку. А при рассмотрении оказывается, что ссылаются только на нарушение процедуры. Но это же не публичный порядок, это самостоятельное основание для оспаривания решения. Могу привести яркий пример несоответствия решения публичному порядку места его исполнения. В свое время индийский суд, ссылаясь на публичный порядок, отказал в приведении в исполнение решения, вынесенного в Южной Африке, поскольку решение было вынесено на основании закона, который предусматривал дискриминацию индусов.

Противоречие публичному порядку — это противоречие основополагающим принципам права. А вот что относить к последним — это большой вопрос. По этому поводу в последнее время опубликовано много постановлений и Высшего Арбитражного Суда, и федеральных окружных судов.

Кстати, очень интересной является позиция, которую в свое время занял Верховный Суд: вопрос о нарушении публичного порядка вообще не может ставиться в том случае, если решение вынесено на основе норм российского права. Что сказано у нас в законе? Что можно не применять нормы иностранного права, если они противоречат публичному порядку. А если применяется норма российского права? Можно ли утверждать, что она противоречит российскому публичному порядку?



Надо отметить, что чаще всего в последнее время ссылаются на противоречие публичному порядку, когда встает вопрос об исполнении решений, связанных с взысканием неустойки в сколько-нибудь серьезных размерах. Такие решения, по логике ответчиков, должны противоречить ст. 333 ГК РФ, позволяющей суду снизить размер неустойки, явно несоразмерной последствиям нарушения. И вот из этой нормы, предоставляющей суду право, а не возлагающей на него обязанность, выводят новый принцип нашего права — принцип соразмерности, в соответствии с которым размер присуждаемого по судебному решению должен реально соотноситься с причиненным ущербом. Формированию такого подхода отчасти способствует складывающаяся у нас судебная практика, в соответствии с которой суд уже не «может», а «обязан» снижать неустойку, если она несоразмерна убыткам. Но неужели можно до нуля снизить неустойку, если стороны оговорили применение штрафной неустойки? Кстати, интересным образом вопрос о неустойке регулируется в польском праве: снизить неустойку можно только в том случае, если об этом ходатайствует должник. У нас, кстати, было дело, когда должник оспаривал договор, но он не ставил вопрос о снижении неустойки, хотя она была чрезвычайно велика. МКАС не мог по своей инициативе снизить неустойку — применялось польское право. Должник молчал, он писал процессуальные ходатайства.

— Как Вы думаете, можно что-нибудь сделать для того, чтобы остановить размывание понятия публичного порядка?

— Я думаю, что нужно было бы издать совместное постановление Пленумов ВС и ВАС по этому поводу, в котором предусмотреть перечень таких принципов, чтобы не возникали какие-то дополнительные критерии, которые пытаются необоснованно использовать в практике.

— Вы можете как-то прокомментировать Постановление Конституционного Суда РФ, в соответствии с которым взыскание «гонорара за успех» признано незаконным? Аргументация КС поставила под сомнение заключение смешанных и непоименованных договоров.

— В зарубежной практике оплата услуг адвоката осуществляется исходя из количества времени,

потраченного последним на ведение процесса. Но иногда — кстати, это характерно для Соединенных Штатов — в гонорар включаются суммы (и подчас огромные), которые будут выплачены адвокату в случае успешного завершения дела. Когда вопрос становится актуальным для нас? Когда проигравшей стороне приходится возмещать судебные расходы. В каком размере они должны компенсироваться? Я думаю, что единого подхода выработать тут нельзя. Высказывалось предложение закрепить норму, определяющую, что сверх определенной суммы расходы на судебных представителей не возмещаются. Я лично сомневаюсь в верности такого решения. У нас в Регламенте МКАС есть положение о том, что мы исходим из принципа возмещения разумно понесенных сторонами издержек, возникших в связи с разбирательством, в частности расходов, связанных с защитой своих интересов через юридических представителей. Как правило, нам представляют договор с адвокатом, в ряде случаев — также доказательства оплаты соответствующей суммы. Но в договоре ведь можно записать все что угодно, особенно если ты уверен в успехе дела.

Мы в практике исходим из следующего: сколько ты пожелал заплатить адвокату — твое дело; при возложении таких расходов на проигравшую сторону мы будем оценивать, насколько все это соразмерно затратам на ведение процесса.

— То есть нужно разделять: с одной стороны, возможность установления «гонорара успеха» соглашением между адвокатом и клиентом, с другой — возможность возложения этих расходов на проигравшую сторону?

— Да. Хотя по этому вопросу позиции могут быть разными. Конституционный Суд высказал свое мнение. Я же думаю, что если договор предусматривает эквивалентную плату за услуги, то, несмотря ни на что, такая сделка действительна, если она, конечно, не кабальная или в ней нет иных пороков.

— Да, но здесь есть и другой аспект. Допустим, я нанимаю адвоката, плачу ему некое вознаграждение за то, что он участвует в заседаниях, плюс в нашем с ним договоре предусмотрено условие

о вознаграждении за успех. Адвокат бездарный. Дело выигрышное. Исковое заявление я составил сам, адвокат только ходил в судебные заседания. В конце концов дело выигрывается, адвокат получает еще некую сумму. Возникает вопрос: за что? За что он получил деньги, если судебное решение никак не связано с его действиями, напротив, он избрал неверную тактику и т.д.?

— Это уже оценка самого договора, содержания отношений сторон. То, о чем вы говорите, редко бывает. Вот более жизненный пример: я заключил договор с известной адвокатской фирмой, а мне подсунили молодого адвоката, который не имеет никакого опыта. Тогда может возникать вопрос о некавалифицированном оказании помощи. Юридически здесь можно ставить вопрос о том, чтобы гонорар был снижен.

— Вы говорите о качестве оказания услуг. Это одна история. Я же говорю несколько о другом: в моем примере адвокат получает деньги в связи с принятием судебного акта, на содержание которого он в принципе никак не повлиял. Это все равно как если мы с вами заключим договор, в соответствии с которым, если через 30 секунд на светофоре загорится красный свет, я отдам вам тысячу рублей. Принцип свободы договора позволяет нам и об этом договориться. Но возникает вопрос о квалификации такого договора.

— Подобные сделки в силу закона по общему правилу не подлежат судебной защите.

— А в моем примере с адвокатом разве нет элемента алеаторности?

— Это все-таки другое.

— Известно, что позиции ВС и ВАС РФ по одним и тем же вопросам зачастую значительно разнятся. Возможно ли такое в зарубежных правовых системах?

— Ссылаться на зарубежную практику сложно: в большинстве стран мира не существует систем, подобных нашей. Поэтому трудно говорить о разных позициях по одним и тем же вопросам.

— А как же существование в некоторых правовых системах коммерческих судов наряду с судами общей юрисдикции?

— Да, в некоторых странах существуют коммерческие суды, но их компетенция четко определена и никак не пересекается с компетенцией судов общей юрисдикции. В некоторых странах, например на Украине, хозяйственные суды — это особые коллегии судов общей юрисдикции. У нас, как известно, принимаются меры для обеспечения более четкого разграничения компетенции судов общей юрисдикции и арбитражных судов.

Единство подхода обеспечивается принятием совместных постановлений Пленумов. В тех же случаях, когда ВС и ВАС выносят отдельные постановления, могут быть серьезные недоразумения. Например, серьезное расхождение позиции ВС и ВАС проявилось в вопросе понимания ч. 4 ст. 15 Конституции РФ, в которой записано, что международные договоры РФ входят в систему российского права, и в случае, когда внутренние нормы права противоречат положениям международных договоров, применению подлежат последние.

Верховный Суд в своем Постановлении совершенно, на мой взгляд, необоснованно указал на то, что приоритет в отношении законов России имеют только те международные договоры РФ, согласие на обязательность которых было выражено в форме федерального закона. Что же касается остальных международных договоров, то они имеют приоритет только по отношению к подзаконным нормативным актам, изданным органом государственной власти, заключившим данный договор².

Я же полагаю, что прежде всего надо четко определять различия между договором по общим и договором по специальным вопросам. Если по специальным вопросам договор подписан государственным органом в пределах его компетенции, то этот договор имеет приоритет перед общими нормами законода-

² Речь идет о п. 8 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 10.10.2003 № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации». — Прим. ред.



тельства. Конечно, надо проверять, имел ли компетенцию тот орган, который подписал этот договор, на эти действия.

Ярким примером непоследовательности применения разъяснения рассматриваемого Постановления Пленума ВС является Соглашение о международных железнодорожных перевозках. Оно было подписано на уровне ведомств, ведающих путями сообщения в государствах-участниках (т.е. уровень здесь никак не федерального закона). Тем не менее пока никому в голову не пришло, что надо применять норму устава железных дорог по вопросам, урегулированным этим международным договором.

ВАС придерживается следующей позиции по данному вопросу: при наличии международного договора по специальному вопросу, безотносительно к тому, апробирован ли он федеральным законом или подписан правительством либо ведомством, руководствоваться надо именно этим международным договором.

Такие разногласия возникают из-за особенностей нашей судебной системы. Надо сказать, что само название наших арбитражных судов — это плод недоразумения. Следует заметить, что в английском языке термин «*arbitration court*» означает «третейский суд». Расскажу об одном деле. У нас разрешался спор между российской организацией и канадской фирмой. Мы начинаем слушать дело. Представители канадской фирмы делают заявление, что в компетенцию МКАС не входит разрешение данного спора, и просят производство по этому делу прекратить. Они указывают на то, что в контракте написано, что оба текста имеют одинаковую силу, и при этом в русском тексте определяется, что споры подлежат передаче в арбитражный суд при ТПП РФ, а в английском — «*to the Arbitration court of Russia*» — в арбитражный суд России. А арбитражный суд, утверждала канадская сторона, — это государственный суд России, пусть в него истцы и обращаются. А зачем это нужно канадской стороне? Все просто. Если будет вынесено решение нашим МКАС, то к этому решению будет применяться Нью-Йоркская конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, участниками которой являются Россия и Канада. И на основании этой Конвенции канадский государственный суд, безусловно, приведет в исполнение решение МКАС. А что

касается решения арбитражного суда, то у нас нет с Канадой соглашения о взаимном признании и приведении в исполнение решений государственных судов. Значит, оно повиснет в воздухе.

Перед нами возник вопрос, как толковать этот контракт. Я задаю вопрос: какой текст был составлен первоначально — русский или английский? Выяснили, что первоначально текст был составлен на русском языке. В соответствии с Принципами международных коммерческих договоров — это есть в редакции этого документа 1994 и 2004 гг. — действует следующее правило: если в договоре, составленном на разных языках, указано, что все тексты имеют одинаковую силу, а между ними есть расхождения, то при толковании нужно принимать во внимание тот текст, который был оригинальным, первоначальным. На этом основании мы рассмотрели спор и вынесли решение. Должен сказать, что решение не было оспорено канадцами.

Кстати, вопрос об исполнимости решений иностранных судов — это один из принципиальных вопросов. У нас в Высшем Арбитражном Суде есть группа коллег, которые пытаются внедрить в практику (посредством информационного письма) применение принципа взаимности при исполнении иностранных судебных решений, т.е. исходить из того, что, коль скоро решения наших государственных судов признаются и исполняются в конкретной стране, решения государственных судов этой страны подлежат исполнению и в России. Они обосновывают это посредством ссылки на п. 4 ст. 15 Конституции, устанавливающий, что общепризнанные принципы международного права являются составной частью российской правовой системы. Здесь, конечно, возникает большой вопрос о том, относится ли принцип взаимности при исполнении судебных решений к общепризнанным принципам международного права. Но еще более серьезные сомнения состоят в том, может ли ВАС подменить Конституционный Суд и, по сути, признать положения АПК и ГПК не соответствующими п. 4 ст. 15 Конституции. Ведь в обоих кодексах установлено, что в России в исполнение приводятся решения судов лишь тех стран, с которыми у РФ подписаны соответствующие международные договоры³. Такое правило предусмотрено и Федеральным конституционным законом «О судебной

³ Статья 409 ГПК РФ и ст. 241 АПК РФ.

системе Российской Федерации» (п. 3 ст. 6). Были, конечно, в Думе такие проекты АПК и ГПК, которые предусматривали применение принципа взаимности для исполнения иностранных судебных решений, но в таком виде тексты приняты не были. В период, когда проекты находились на рассмотрении в Государственной Думе, ВС отменил решение Мосгорсуда по конкретному делу, указав, что нужно проверить, не исполняются ли на основе взаимности решения российских судов в государстве, решение суда которого было предъявлено к исполнению. В данном случае ВС исходил не из того, что было предусмотрено законом, а из того, что предполагалось установить в законе.

Можно, конечно, поставить вопрос о внесении в АПК и ГПК поправок, но при этом необходимо тщательно проанализировать последствия такого решения.

— Часто ли позиции арбитров МКАС по вопросам применения материального российского права расходятся с точкой зрения государственных судов по тем же вопросам, ведь для арбитров МКАС толкование права со стороны последних не носит обязательного характера? Можете ли Вы привести какие-либо примеры такого расхождения?

— При применении российского права мы учитываем разъяснения, данные ВС и ВАС, содержащиеся в их постановлениях. Но по ряду вопросов они представляются далеко не бесспорными. В частности, на настоящий момент ВАС и ВС основываются по общему правилу (исключения сделаны для особых случаев) на понимании процентов за просрочку исполнения денежного обязательства как формы ответственности. В результате исходят из того, что проценты за просрочку платежа и договорную неустойку нельзя взыскать одновременно, поскольку и то и другое представляет собой меры ответственности. И если в договоре прямо не оговорено иное, истец должен выбирать, что именно взыскивать с контрагента — одно или другое. В нашей доктрине были подходы, признающие проценты платой за деньги. В сегодняшнем видении ВС и ВАС проценты — это по общему правилу ответственность. А если это ответственность, то к процентам по ст. 395 ГК РФ должны применяться все положения об ответственности. Стало быть, если просрочка исполнения возникла вследствие форс-мажора, то платить контрагент не должен. В международной практике превалирует совершенно иной подход: указанные проценты

представляют собой плату за пользование чужими деньгами.

В списке МКАС свыше 160 арбитров. Человек 60 — иностранцы. Каждый состав арбитража независим. Он принимает решения, исходя из своего понимания. Могут быть расхождения по одним и тем же вопросам. Я регулярно публикую практику МКАС, что, на мой взгляд, позволяет ориентировать арбитров, способствовать сближению точек зрения. Но мер административного воздействия у нас нет.

— Если внешнеторговый контракт купли-продажи содержит указание на то, что к отношениям, прямо им не урегулированным, применяется «гражданское законодательство РФ», применяется ли к отношениям сторон Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров?

— Венская конвенция (ст. 6) допускает по соглашению сторон контракта исключить применение к их отношениям правил конвенции, поэтому при такой формулировке контракта возникает вопрос, каково было намерение сторон. Статья 3 ГК прямо указывает на то, что относится к гражданскому законодательству: сам Гражданский кодекс, федеральные законы, принятые в соответствии с ним, акты Президента и Правительства, министерств и иных федеральных органов исполнительной власти, принятые в пределах предоставленных им полномочий. Статья 7 ГК закрепляет приоритет правил, установленных международным договором, перед нормами гражданского законодательства. Таким образом, получается, что международные договоры являются частью нашей правовой системы, но не являются частью гражданского законодательства.

Бывает так: стороны написали, что их отношения регулируются гражданским законодательством. Состав арбитража задает им вопрос: когда вы включали это положение в контракт, вы хотели исключить применение Венской конвенции, в которой участвует Россия? Если стороны отвечают: «Да нет, мы думали, что право и законодательство — это одно и то же», такой ответ фиксируется в протоколе и на его основании в дальнейшем к конкретному спору применяются правила Венской конвенции. Или, например, бывают случаи, когда написали «гражданское законодательство», потом в предъявленном иске ссылаются на



Венскую конвенцию, а ответчик, представляя возражения, ссылается на эту же Конвенцию. Из переписки сторон ясно, на что была направлена их воля. Но бывают и более сложные случаи: не является одна из сторон, не представляется отзыв. В такой ситуации не у кого спросить: «Что вы имели в виду?» Тогда состав арбитража по общему правилу исходит из презумпции, что стороны исключили применение Венской конвенции.

Иногда стороны дают пояснения исходя из того, что в конкретный момент наиболее выгодно для них. Приведу пример: в соответствии с положениями Венской конвенции проценты на сумму подлежащей возврату предоплаты подлежат начислению со дня, когда предоплата была зачислена на счет продавца. Статья 487 ГК иначе решает этот вопрос: проценты начисляются со дня окончания срока исполнения, если иное не предусмотрено договором. Получается, что, если предоплата будет возвращена до окончания такого срока, покупатель вообще не будет иметь права на проценты. Как известно, предоплату вносят порой за достаточно длительный срок до оговоренного срока исполнения — полгода, год. Продавец в этом случае будет говорить, что, конечно, он изначально предполагал, что Венская конвенция применяться не будет. Потому что это ему выгодно.

— Возможна ли, по Вашему мнению, экспертиза содержания иностранного права в отечественном гражданском и арбитражном процессе?

— Мы в ряде случаев проводим такую экспертизу, просим представить аффидевиты, рассматриваем нормы иностранного права, анализируем судебную практику и доктрину. В ряде случаев мы решаем дело на основании тех знаний, которыми обладает состав арбитража. Бывает и так, что одна сторона представляет экспертные заключения, а вторая их не оспаривает. Каждая сторона должна доказать то, на что она ссылается: если ты с чем-то не согласен, то должен постараться доказательно это оспорить.

— Возможна ли вообще экспертиза нормы права? Я говорю сейчас — иностранного, потому что российское должен трактовать сам суд и привлечь эксперта он не может: он сам презюмируется экспертом. Проводя аналогию, можно сказать, что

прибегнуть к внешней экспертизе норм применяемого иностранного права МКАС не может — он должен трактовать право самостоятельно.

— Применение иностранного права имеет все-таки определенную специфику. Здесь будет полезен пример швейцарского закона о международном частном праве, который позволяет возложить бремя доказывания того или иного понимания нормы иностранного права, на которое ссылается сторона, на эту сторону. Стороны довольно часто в обоснование своих требований представляют нам экспертное заключение по вопросам трактовки конкретных норм права. Другая сторона может представить экспертные заключения, опровергающие такой подход. А с суда ответственности никто не снимает — он принимает свое решение. Необходимо обратить внимание на то, что ст. 1191 ГК РФ прямо предусматривает возможность возложения бремени доказывания содержания норм иностранного права по требованиям, связанным с осуществлением предпринимательской деятельности, на стороны. Устанавливает она и право суда в этих же целях привлекать экспертов.

— Есть еще один вопрос сугубо процессуального характера: экспертиза ли это или заключение специалиста по иностранному праву? ГК определяет экспертизу как знания в области науки, техники, искусства, которыми не владеет суд. Вопрос перестает быть теоретическим, когда появляется право на применение специальных последствий экспертизы: приостановление производства по делу на время проведения экспертизы.

— Хорошо, тогда у меня к вам вопрос: а как же быть с положением закона об учете доктрины в соответствующем иностранном государстве, право которого подлежит применению? Мы должны ее учитывать, но возможно ли глубокое ее понимание в таких случаях без соответствующей экспертизы? К тому же, как я уже говорил, ст. 1191 ГК РФ прямо предусматривает проведение экспертизы для установления содержания норм иностранного права.

— А разумно ли было включать в ГК положения, предписывающие толковать иностранный закон с учетом доктрины и практики его применения? Ведь, скажем, практика применения имеет решающее значение не для всех правовых систем?

— Для того чтобы понимать содержание иностранного права, нужно учитывать все. Вы читаете статью закона, и кажется, что все ясно. Но оказывается, что доктрина и судебная практика уже пришли к выводу, что в этой статье заложен смысл, отличающийся от буквального значения содержащихся в нем слов и выражений. Вы не можете это игнорировать.

— С другой стороны, зачастую доктрина противоречит судебной практике. Что делать в этом случае?

— Здесь важна конкретика. Если, к примеру, было разъяснение ВС и ВАС, то на доктрину сослаться можно, но нужно принимать во внимание положение закона, предоставляющее высшим судебным инстанциям право толковать закон.

— При многих крупных отечественных предприятиях создаются так называемые карманные третейские суды, а в договоры с контрагентами эти предприятия обычно включают стандартные арбитражные оговорки. Есть ли какие-то юридические возможности у представителей малого (среднего) бизнеса избежать рассмотрения спора в таких «карманных» форумах?

— Согласен, это серьезная проблема. Такие проблемы возникают, создаются третейские суды при каких-то холдингах, далее подписываются стандартные договоры со стандартными арбитражными оговорками, отказаться от подписания такого договора сторона не может: в противном случае не получит необходимых ресурсов для осуществления своей деятельности. Есть разные способы выхода из этой ситуации. Любопытным образом эту проблему решили украинцы: они в своем законе сказали, что на территории Украины есть только один международный коммерческий арбитраж, следовательно, обращаться можно только туда.

— А арбитражи *ad hoc*?

— Поскольку Украина — участник Конвенции, предусматривающей арбитражи *ad hoc*, они, конечно, могут создаваться. А постоянно действующий арбитраж, рассматривающий международные коммерческие споры, у них один.

Кстати, в России третейские суды нередко берутся за разрешение международных коммерческих споров. При этом в своей работе они руководствуются Законом «О третейских судах» и своими положениями, в то время как должны пользоваться Законом «О международном коммерческом арбитраже». Последний Закон зачастую воспринимается как Закон о МКАС, а между тем это закон о любом третейском суде, рассматривающем международные коммерческие споры на территории России.

— Юридическая общественность обсуждает решение английского судьи, возбудившего в английском суде дело по иску российского гражданина к другому российскому гражданину, мотивируя свою позицию отсутствием в РФ условий для объективного рассмотрения спора. Как Вы можете прокомментировать эту ситуацию?

— Мы встречаемся с такими случаями. Иногда говорят, что в таком-то государстве невозможно обеспечить безопасность свидетеля и т.д. Что касается международного коммерческого арбитража, то здесь проблема стоит менее остро: у нас в новом Регламенте сказано, что наш арбитраж может заседать и за границей. Раньше было ограничение — только на территории России. Сейчас такого ограничения нет. Поэтому в некоторых случаях для того, чтобы снять напряженность, мы можем пойти на то, чтобы провести заседание нашего арбитража за рубежом, если обе стороны ставят такой вопрос.

— Как Вы стали юристом-международником?

— Мой отец был юристом, и у меня не было никаких вопросов относительно выбора будущей профессии. Мне попалось на глаза объявление о наборе в Институт внешней торговли, я заинтересовался, потому что, во-первых, это глубокое изучение иностранных языков, а во-вторых, юридическая наука. Дело в том, что я по состоянию здоровья был освобожден от службы в армии, и уже в декабре 1942 г. получил красный аттестат, поэтому, поступая в институт, я должен был сдавать только язык. Институт я закончил в 1948 г., после его окончания меня направили на работу во внешнеторговое объединение. Во внешнеторговых объединениях системы Министерства внешней торговли я отработал в общей слож-



ности 15 лет. Параллельно с этим я участвовал в разработке целого ряда внутренних документов, регулирующих оборот по экспорту и импорту, международных документов, в частности Конвенции ООН об исковой давности в международной купле-продаже 1974 г., Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г., Общих условий поставок с Китаем, Кореей, Общих условий поставок СЭВ (все редакции начиная с 1958 г.). Последнее время был председателем международной рабочей группы экспертов по совершенствованию этого документа. В этой связи очень много приходилось работать с иностранными юристами, поскольку эти группы включали представителей всех стран. Пришлось поучаствовать в подготовке крупных процессов наших организаций с зарубежными, активно работать с английскими и шведскими адвокатами. Затем меня приглашали читать лекции. Я прочитал курс лекций по правовому регулированию внешнеэкономической деятельности на Кубе, в Анголе, участвовал в семинарах в США, Канаде, Италии, Болгарии, Германии, Греции. С 1970 г. 38 лет я арбитр МКАС. Я участвовал в разработке первой, второй, третьей частей ГК РФ, привлекался к разработке Основ 1991 г., так что мне пришлось этим заниматься и теоретически, и практически. И потом, очень важно, что я с 1963 г. работаю в Академии внешней торговли. Причем я пришел туда старшим преподавателем, затем стал доцентом и, наконец, профессором, одно время заведовал кафедрой.

Нам, студентам Института внешней торговли, чрезвычайно повезло: мы слушали корифеев. Я просто называю вам некоторые фамилии.

Иностранное гражданское и торговое право нам читала Екатерина Абрамовна Флейшиц — первая женщина-адвокат России, выпускница Сорбонны, международное частное право — Лазарь Адольфович Лунц, международное публичное право — Владимир Эммануилович Грабарь и Евгений Александрович Коровин, государственное право иностранных государств и государственное право СССР — Георгий Семенович Гурвич, один из авторов проекта Конституции 1918 г., трудовое право — Николай Григорьевич Александров.

Римское право читал Василий Александрович Краснокутский, крупнейший специалист в этой области, Иосиф Соломонович Розенталь преподавал латынь. Экономическую дипломатию читал Звавич, блестящий лектор. Теорию государства и права читал Николай Павлович Томашевский — аспирант Петражицкого. Английские юридические тексты преподавал Борис Сергеевич Никифоров. Читали нам лекции также крупные ученые и практики, являвшиеся экспертами наркомвнешней торговли А.И. Микояна, в частности Сергей Кириллович Май и Александр Давыдович Кейлин (председатель Морской арбитражной комиссии при Всесоюзной торговой палате). Благодаря таким преподавателям у студентов института возникла большая тяга к юриспруденции. В этой связи неудивительным является то, что 16 выпускников института внешней торговли, закончивших его в 1947—1950 гг., защитили докторские диссертации. В их число, например, входят Р.Л. Нарышкина, М.М. Богуславский, В.А. Туманов, А.Б. Альтшулер, В.И. Гантман, В.И. Усенин, В.В. Лаптев, О.Н. Садиков, Ю.И. Свядосц, С.В. Поленина, Г.М. Вельяминов, Л.М. Гудошников, Н.Н. Вознесенская.