

A. Th. WOLKOFF.

Die Kaufmännischen Schiedsgerichte.

ST. PETERSBURG.

1913.

А. Ф. ВОЛКОВЪ.

Торговые третейскіе суды.

С.-ПЕТЕРБУРГЪ.

1913.

ПРЕДИСЛОВІЕ.

Не только русская, но и западно-европейская юридическая литература и судебная практика еще недостаточно ясно опредѣлили свое отношеніе къ институту третейскаго суда. До настоящаго времени высказываются взгляды, что третейскіе суды, при современномъ состояніи права, являются отжившимъ институтомъ, или что эти суды, ограничивая компетенцію судовъ государственныхъ, лишаютъ гражданъ извѣстныхъ гарантій, или что третейскіе суды призваны разрѣшать лишь вопросы факта, а не права, или, наконецъ, смѣшиваютъ третейскіе суды съ судами профессиональными, уже получившими печальную извѣстность какъ въ исторіи, такъ и въ современной дѣйствительности и т. п.

Нѣкоторые позднѣйшіе авторы, въ подкрѣпленіе своихъ сужденій противъ института третейскихъ судовъ, приводятъ на справку весьма краткія и случайныя историческія свѣдѣнія и на основаніи ихъ строятъ цѣлую систему ученія о природѣ судебно-третейскаго разбирательства и о мѣстѣ, которое долженъ занимать третейскій договоръ въ современномъ законодательствѣ.

Но, знакомясь ближе съ приводимыми историческими данными, оказывается, что эти данныя взяты и сопоставлены изъ разныхъ эпохъ и, въ сущности, ничего не объясняютъ, а только являются простымъ эпизодомъ въ общемъ историческомъ развитіи законодательной политики отдѣльныхъ странъ.

Само собою разумѣется, историческій методъ даетъ самыя надежныя гарантіи въ правильномъ установленіи сущности и значенія третейскаго суда, но въ то же время этотъ избранный методъ требуетъ особо внимательнаго и тщательнаго къ себѣ отношенія.

Суммируя главнѣйшія историческія данныя по интересующему вопросу, получается нижеслѣдующій весьма цѣнный выводъ.

Купечество во всѣ времена, почти во всѣхъ странахъ съ развитымъ торговымъ оборотомъ и при всякомъ, даже весьма высокомъ состояніи современного законодательства, признавало третейскіе суды для себя настоятельно необходимымъ учрежденіемъ. Но эти третейскіе суды могли успѣшно функціонировать только тогда, когда они организовывались на основаніи свободнаго волеизъявленія сторонъ и когда государство не старалось подробно регламентировать относящіяся сюда частно-правовыя нормы. Какъ только государство начинало оказывать третейскимъ судомъ преувеличенное вниманіе, въ смыслѣ ли надѣленія ихъ особыми привилегіями, или въ смыслѣ обставленія излишними формальностями, то институтъ самъ собою исчезалъ и прекращалъ свою дѣятельность.

Если бы Франція въ свое время не установила обязательной подсудности какъ общимъ, такъ и торговымъ третейскимъ судамъ, и не мѣшала бы въ этомъ направленіи развитію свободныхъ договорныхъ отношеній между гражданами, то, очень можетъ быть, не пришлось бы такъ долго и упорно многимъ изслѣдователямъ отыскивать истинную природу третейскаго договора и не испытывать колебаній между двумя непримиримыми крайностями, относя этотъ договоръ то къ публично-правовымъ, то къ категоріи частно-правовыхъ договоровъ.

Въ самое послѣднее время на помощь юристамъ-изслѣдователямъ пришли современныя потребности торговаго оборота, которыя, можно сказать, стихійно вызвали къ жизни полузабытые третейскіе суды. Коммерческій оборотъ сразу опредѣлилъ настоящее мѣсто разсматриваемаго института и заставилъ его функціонировать не только помимо, но даже и вопреки предписаніямъ нѣкоторыхъ современныхъ законодательствъ.

Несомнѣнно, требованія жизни заставятъ и законодателей и юристовъ перемѣнить свои взгляды на природу третейскихъ судовъ, ихъ значеніе, а равно и на ихъ мѣсто въ системѣ положительнаго права. Недалеко то время, когда эта форма частнаго право-

III

судія займетъ соотвѣтствующее положеніе не только внутри государствъ, но и въ международномъ общеніи гражданъ. Пути къ этому пролагаетъ пока одна могущественная торговля, а за нею, конечно, пойдутъ и остальные отрасли народнаго труда.

Яркимъ примѣромъ можетъ послужить Россія. Наше законодательство о третейскихъ судахъ носитъ строго формальный характеръ и совершенно недоступно для пользованія третейско-судебнымъ разбирательствомъ ни въ обще-гражданскомъ, ни, тѣмъ болѣе, въ торговомъ оборотѣ. Однако, не смотря на это, современныя потребности вызвали къ жизни своеобразный институтъ арбитражныхъ комиссій, организованныхъ биржами. Въ настоящее время проектируются, правда не совсѣмъ удачно, желѣзнодорожные арбитражи для разсмотрѣнія претензій по перевозкѣ грузовъ и багажа, арбитражныя комиссіи потребителей, страховыхъ и другихъ обществъ. Дѣйствующія инструкціи арбитражныхъ комиссій не имѣютъ никакой связи съ уставомъ гражданскаго судопроизводства, нормирующимъ судебное-третейское разбирательство, и третейскіе приговоры этихъ учрежденій исполняются не подъ защитою закона, а исключительно по доброй волѣ сторонъ, избравшихъ эту форму правосудія.

Создавшееся движеніе въ пользу третейскихъ судовъ и тѣ неисчислимыя выгоды, которыя они приносятъ заинтересованнымъ кругамъ, должны побудить наше правительство и законодательныя учрежденія къ освобожденію этого института отъ стѣснительныхъ формальностей и отнестись съ особымъ вниманіемъ къ тому, чтобы не придать имъ характера профессиональныхъ судовъ, основанныхъ на принципѣ принудительной подсудности. Это обстоятельство легко можетъ вызвать реакцію и погубить надолго идею свободнаго третейскаго суда.

Александръ Волковъ.

ВАЖНѢЙШІЯ ОПЕЧАТКИ И ПОПРАВКИ.

СТРАНИЦА.	СТРОКА.	Напечатано:	Слѣдуетъ:
3	18 »	смѣшивались	смѣшивались понятія
9	17 »	redigitu	redigitur
—	18 »	(l. 9. D. IV, 8)	(l. 1. D. IV, 8)
—	2 снизу	stare	stari
—	2 »	de re	de ea re
10	10 сверху	arbitri	arbitrii
—	32 »	(l. 13 § 1 D. h. t.)	(l. 13 § 2 D. h. t.)
13	5 »	(l. 14. D. IV, 8)	(l. 13 § 4 D. IV, 8)
14	4 »	колегіально	коллегіально
16	17 »	(l. 23 § 9 D. h. t.)	(l. 21 § 9 D. h. t.)
19	1 снизу	sine iniqua	sive iniqua
26	6 »	стр. 182	стр. 132
53	1 сверху	поводу,	поводу
58	1 снизу	Cod. Comm.	Code de comm.
64	внизу		пропущенное примѣчаніе, относящееся къ союзу лондонскихъ хлѣботорговцевъ: ¹⁾ «См. хлѣбныя биржи въ Западной Европѣ и Соединенныхъ Штатахъ Сѣв. Америки, Слб. 1893».
74	18 сверху	германіи и голландіи	Германіи и Голландіи.

О т д ѣ л ъ I.
ИСТОРИЧЕСКІЙ ОЧЕРКЪ.

I.

Институтъ третейскаго суда въ римскомъ правѣ.

А. До-преторскій періодъ.

Обычай разрѣшать споры при помощи посредниковъ, добровольно избираемыхъ для того сторонами, весьма древняго происхожденія. Этотъ обычай, свойственный всѣмъ народамъ, также старъ, какъ прекращеніе споровъ путемъ единоборства. Нельзя, конечно, съ точностью установить, когда именно люди перестали отстаивать свои притязанія путемъ самоуправства, да это и не входитъ въ задачи предлагаемаго труда, но можно, однако, вмѣстѣ съ Пухтою допустить, что это произошло «со времени вступленія человѣчества въ состояніе общественности»¹⁾. Въ древней Греціи этотъ процессъ, т. е. переходъ отъ личной расправы къ договорному началу, успѣлъ завершиться къ эпохѣ Гомера²⁾, въ древнемъ Римѣ—къ доисторическому періоду *actio sacramenti*.

Законы XII таблицъ носятъ неопровержимые слѣды формаль-

¹⁾ См. подробнѣе у Puchta,—*Das Institut der Schiedsrichter*, Erlangen 1823, стр. 5 и сл., и, въ особенности, Matthiass,—*Die Entwicklung des römischen Schiedsgerichts*, Rostock, 1888, стр. 5 и сл. Ср. также Fehr,—*Das Schiedsgericht in der Schweizerischen Zivilprozess-Gesetzgebung*, Zürich-Selnau 1903; Haeger,—*Schiedsgerichte für Rechtsstreitigkeiten der Handelswelt*, Berlin 1910.

²⁾ Meier und Schömann,—*D. Attische Process*, neu bearb. v. I. Lipsius. Berlin 1887. Matthias, ук. соч. стр. 13 и сл.

наго различія между судьей, назначаемымъ государственною властью и судьей, избираемымъ сторонами, *judex arbiterve datus* (Табл. II § 2; IX § 3), т. е. между публичной судебной властью и частнымъ порученіемъ разсмотрѣть данный споръ по просьбѣ или избранію сторонъ. Многими интерпретаторами римскаго права подобное различіе относится, какъ выше было сказано, къ глубокой древности, именно къ періоду *actio sacramenti*¹⁾. Это предположеніе обосновывается тѣмъ мѣстомъ у Гая, гдѣ онъ, вспоминая *lex Pinaria* (являющійся самымъ древнимъ въ вопросѣ объ этихъ судахъ), говоритъ, что до этого закона судья указывался магистратомъ—«ante eam autem legem dabatur judex (Gaj. Inst. IV § 15)²⁾».

Однимъ изъ мотивовъ допущенія частныхъ судей, вѣроятно, послужило во 1) слишкомъ большое скопленіе дѣлъ у государственнаго судьи, а во 2) появленіе такихъ дѣлъ, которыя требовали спеціальныхъ познаній. Съ теченіемъ времени избраніе частныхъ судей могло происходить вслѣдствіе сомнѣнія у сторонъ въ томъ, что публичный судъ можетъ найти истинное право, или, даже, просто, вслѣдствіе недовѣрія порождаемаго абсолютной властью публичнаго судьи³⁾. Подъ могущественнымъ вліяніемъ чувства правовой

¹⁾ Маттіасъ затрудняется съ точностью установить развитіе этого института до преторскаго эдикта. «Вѣроятно, полагаетъ онъ, при выборѣ въ качествѣ судьи облеченнаго довѣріемъ лица, опирались на *legis actio per iudicis arbitrive postulatione*. Возможно также, что при распространенномъ обычаѣ «закладовъ» и, вслѣдствіе этого, появленія «суда по закладамъ» послѣдній послужилъ прообразомъ до-преторскому третейскому суду. Договору съ лицомъ, не участвующимъ въ закладѣ, точно соотвѣтствуетъ договоръ съ третейскимъ судьей. Мѣсто договора о закладѣ занимаетъ соотвѣтственно намѣреніямъ сторонъ—обеспечивающій договоръ, который въ своей дѣйствительной формѣ является въ видѣ обѣщанія штрафа» В. Matthiass,—*Die Entwicklung des römischen Schiedsgerichts*, Rostock 1888, стр. 20.

²⁾ Rivalta, *I giudizi d'arbitri*, Bologna 1885.

³⁾ Ср. Muther, *Sequestration und Arrest*, Leipzig 1856, стр. 11. Нѣсколько иначе смотритъ Линдгеймъ. «Если поставить вопросъ, говоритъ онъ, какими побужденіями могли въ древнѣйшее время руководиться стороны, передавая свое дѣло третейскому судѣ, то нѣкоторый матеріалъ могутъ дать намъ и нынѣ наблюденія надъ менѣе культурными слоями общества, въ частности надъ земледѣльческимъ населеніемъ. Наше сельское населеніе—какъ и въ древнемъ Римѣ—предпочитаетъ третейскій судъ отнюдь не вслѣдствіе критическаго отношенія къ суду государственному. Если тѣмъ не менѣе они нерѣдко обращаются къ третейскимъ судьямъ, то это потому, что при вообще дружественныхъ отношеніяхъ, существующихъ между сторонами, они избѣгаютъ вмѣшательства въ возникшій между ними споръ „чужихъ»

независимости римлянъ, договорное разрѣшеніе споровъ сдѣлалось общимъ правомъ при *judicia privata*. Стороны соглашались относительно того или другого лица на избраніе въ качествѣ судьи, взаимно обѣщая другъ другу исполнить его рѣшеніе.

По описанію Цицерона (*pro Cluentio* 43, *pro Flacco* 21), обыкновеннаго частнаго судью предлагалъ истецъ (*judicem ferebat*), и когда отвѣтчикъ соглашался на него, преторъ утверждалъ его избраніе. Судья могъ быть указанъ также и отвѣтчикомъ и самимъ преторомъ. Въ послѣднемъ случаѣ стороны имѣли право отвести его—«*rejicere, ejerare judicem*». Если не могли придти къ соглашенію относительно выбора судьи, то по свидѣтельству Плинія, прибѣгали къ жребію—*plurimum refert sortiatur aliquis an eligatur*¹⁾.

Но какимъ бы образомъ ни былъ избранъ судья, онъ является всегда простымъ мандатаріемъ избравшихъ его сторонъ, вся его власть основывалась исключительно на тѣхъ полномочіяхъ, которыя ему были предоставлены сторонами. Рѣшающая сила приговора вытекала только изъ ихъ воли²⁾.

Въ юридической терминологіи тогдашняго времени смѣшивались *judex* и *arbiter*. Гай въ своихъ институціяхъ (IV, 163) употребляетъ оба эти слова безъ всякаго различія. То же самое происходило,

судей», усматривая какъ бы нѣкоторое униженіе для обѣихъ сторонъ въ томъ, что право декретируется и навязывается имъ извнѣ... Съ точки зрѣнія древняго римлянина было бы явнымъ противорѣчіемъ, если бы стороны усматривали въ третейскомъ судѣ того именно оффиціальнаго судью, вмѣшательство котораго должно было быть предотвращено третейскимъ соглашеніемъ. Мирное соглашеніе и судебное рѣшеніе—это двѣ несовмѣстимыя противоположности, ибо гдѣ нѣтъ спора, тамъ немислимо и судебное рѣшеніе, *мирное* же разрѣшеніе мыслимо только тамъ, гдѣ угрожающій споръ проявляется въ самомъ зародышѣ и до спора поэтому дѣло вовсе не доходитъ».—Lindheim,—*Das Schiedsgericht in modernen Civilprozesse*, Wien 1894, стр. 27 и 28. Ср. также Puchta—*Das Institut d. Schiedsrichter*.

¹⁾ См. Orlolan, *Histoire de la législation romaine*, т. III, стр. 482. Rivalta ук. сочин. стр. 89.

²⁾ Iерингъ придаетъ третейской формѣ суда значеніе основного типа, по которому современемъ развивается весь порядокъ отправленія правосудія въ государствѣ. По его мнѣнію, вообще въ римскомъ правѣ господствуетъ принципъ субъективной воли, что судья тамъ надѣляется полномочіями сторонъ, онъ судитъ потому, что стороны сами хотятъ его суда, и вообще весь процессъ покоится на договорѣ сторонъ. Третейскій судья является простымъ мандатаріемъ и всѣ его функціи ограничиваются вынесеніемъ рѣшенія. Ihering,—*Geist des römischen Rechts*, I Theil § 12, стр. 170 Leipzig, 1866. См. также у Пергамента, *Договорная неустойка и интересъ въ римскомъ и современномъ гражданскомъ правѣ*, Одесса 1899, стр. 173 и сл.

повидимому, и на практикѣ. По словамъ Савиньи ¹⁾, когда впослѣдствіи ораторы спорили, какъ правильнѣе говорить—*judex* или *arbiter*,—споръ носилъ чисто теоретическій характеръ и велся въ цѣляхъ совершенствованія языка. Цицеронъ насмѣхался надъ нѣкоторыми «мудрецами», которые въ его время еще не знали «*utrum judicem an arbitrum dici oporteret*. (*Pro Murena* XII).

Но миссіи *judex* и *arbiter* различались по существу. Древній третейскій судья, какъ его изображаютъ законы XII таблицъ, былъ только лицомъ, обладавшимъ спеціальными знаніями для разрѣшенія вопроса факта, какъ напр. оцѣнки плодовъ при *rei vindicatio*, вопроса о распредѣленіи воды, раздѣла наслѣдства и собственности и пр.

Arbiter, согласно объясненію Пухты, происходитъ отъ *ar-ad* и *bitere-ire*; это объясненіе считается однимъ изъ лучшихъ, какъ обозначающее то, чѣмъ былъ сначала въ Римѣ *arbiter*, т. е. лицомъ, избраннымъ и призваннымъ сторонами на мѣсто для рѣшенія техническихъ вопросовъ, вопросовъ факта.

Повидимому, вслѣдствіе особаго характера дѣятельности третейскихъ судей, сторонамъ была предоставлена большая свобода при избраніи ихъ. Въ эпоху *legis actiones* *judex* избирался изъ сенаторовъ или изъ списка всадниковъ (*album judicum*), тогда какъ *arbiter*, по мнѣнію Савиньи, могъ быть избранъ изъ среды народа. Это должно было быть большимъ преимуществомъ, потому что преобладаніе той или другой политической партіи часто приводило къ исключенію изъ *album judicum* наиболѣе уважаемыхъ гражданъ; кромѣ того, въ *album judicum* обыкновенно не вносились тѣ многочисленные чиновники, которые несли какую нибудь службу въ данномъ году и которые, тѣмъ не менѣе, могли быть избраны въ третейскіе судьи ²⁾.

¹⁾ Savigny,—*System. d. heutigen röm. Rechts* т. V, гл. IV, стр. 104 и прим. (g), Berlin. 1841.

²⁾ Это, однако, спорный вопросъ. Мнѣніе Савиньи поддерживаютъ въ полномъ объемѣ Іерингъ, Майнцъ, (*Cours de droit romain*) Ривальта, тогда какъ Пухта и Вальтеръ (*Walter, Gesch. d. röm. Rechts*) оспариваютъ его. Если мы рассмотримъ, говоритъ Пухта, внутреннюю достовѣрность этого мнѣнія, то обнаружится, что только что упомянутый вопросъ имѣетъ рѣшающее значеніе для эпохи *legis actio per judicis postulationem*, когда третейскіе судьи противопоставлялись суду децемвировъ или центумвировъ и когда поднимался вопросъ, передать-ли нѣкоторые споры этому суду, или суду свободно избранныхъ судей. Но это значеніе совершенно исчезаетъ, если мы вспомнимъ, что право свободного избранія было стѣснено

Когда стороны приходили къ соглашенію относительно избранія *judex* или *arbiter*, то магистратъ въ силу своей компетенціи и власти подтверждалъ его — «*addicebat*» для того, чтобы онъ вынесъ приговоръ относительно даннаго спора.

Выносимое имъ рѣшеніе являлось не судебнымъ приговоромъ, воспрещавшимъ или повелѣвавшимъ что либо проигравшей сторонѣ, но простымъ мнѣніемъ—«*sententia*». Исполненіе его со всѣми вытекающими при этомъ послѣдствіями было предоставлено самимъ сторонамъ. Поэтому эти рѣшенія не подлежали обжалованію, а тѣмъ болѣе въ нихъ не вмѣшивались магистраты для того, чтобы помѣшать ихъ исполненію или остановить ихъ своимъ *veto*; это мнѣніе—*sententia*—считали тѣмъ, чѣмъ оно и было на самомъ дѣлѣ, т. е. простымъ исполненіемъ порученія ¹⁾).

Дѣйствительно, римскій судья или арбитръ приходили на помощь только своими юридическими и техническими знаніями, разрѣшая сомнѣнія, порождаемыя споромъ, разъясняя вопросъ сторонамъ и указывая имъ средство окончить споръ безъ обращенія къ тяжелымъ и опаснымъ формальностямъ *lege agere*, и все это, по

необходимостью избирать изъ лицъ, перечисленныхъ въ *album*, составленномъ изъ всѣхъ уважаемыхъ и состоятельныхъ классовъ общества. Съ другой стороны, насколько уменьшилось бы значеніе и даже рациональность института, какимъ бы уваженіемъ онъ не былъ окруженъ, если бы изъ его компетенціи изъяли безчисленное количество важнѣйшихъ правовыхъ вопросовъ (всѣ *bonae fidei judicia*, *arbitrariae actiones*, между ними процессы о правѣ собственности, залога и безчисленные другіе); кромѣ сего, если-бы обращали вниманіе на личность этихъ судей, которымъ характеръ ихъ разбирательства давалъ такъ мало полномочій, и припоминали ихъ избраніе изъ *album*, то они представлялись бы капризу и усмотрѣнію истца. Такимъ образомъ, этому мнѣнію не достаетъ внутренней достовѣрности. Эти возраженія кажутся достаточно вѣскими Вальтеру, который считаетъ довольно проблематичнымъ, чтобы въ древности существовалъ *album iudicum* для гражданскихъ споровъ. См. Rivalta ук. соч. стр. 91 и сл.

¹⁾ Шведскій ученый Sjögren (Ueber die römische Conventionalstrafe und die Strafklausen der fränkischen Urkunden), а вслѣдъ за нимъ Altenrath (Grundlage und Wirkung des Schiedsspruches, Berlin 1907, стр. 21) полагаютъ, что компромиссъ или рѣшеніе третейскаго суда въ древнемъ Римѣ вызывало правовое дѣйствіе только *сомнительной* твердости. И это потому, говоритъ онъ, что вмѣстѣ съ нарожденіемъ государственнаго судопроизводства и судопроизводства появляется враждебное отношеніе къ порядку третейскаго разбирательства. См. блестящее опроверженіе этой теоріи у Пергамента въ указ. соч. на стр. 171—176.

свидѣтельству Гая, служило ко всеобщему удовлетворенію: «quod et commodius jus et plenius est» (Inst. IV, 31).

Помимо *judex* и *arbiter* въ древнемъ Римѣ существовалъ еще родъ частныхъ судей,—*recuperatores*,—которые выбирались при возникновеніи спорнаго вопроса немедленно изъ числа присутствующихъ—«*quasi repente apprehensi*». Первоначально они, повидимому, избирались сторонами при торговыхъ сдѣлкахъ между гражданами и иностранцами; но, имѣющіяся по поводу этого рода частныхъ судей, свѣдѣнія и источники неясны и неопредѣленны. Майнцъ ¹⁾ полагаетъ, что вначалѣ *recuperatores* устанавливались патриціями и играли роль третейскихъ судей въ спорахъ между послѣдними. Такъ продолжалось до тѣхъ поръ, пока распространеніе права гражданства на всѣхъ римскихъ подданныхъ не уничтожило раздѣленіе на трибы. Существованіе аристократическаго третейскаго суда въ античную эпоху очень вѣроятно, но въ виду недостатка указаній на этотъ предметъ, приходится ограничиваться однѣми догадками.

Повидимому *recuperatores* разрѣшали вопросы факта. Такъ, по свидѣтельству Тита Ливія, три *recuperatores* были избраны въ качествѣ третейскихъ судей между двумя солдатами центуріономъ 4-го легіона и однимъ *socius navalis* для разрѣшенія вопроса, кому изъ нихъ надлежитъ получить вѣнокъ (*corona murale*), обѣщанный Сципіономъ тому, кто первый взойдетъ на стѣны Карфагена. Но эти третейскіе судьи должны были рѣшить единственно вопросъ факта—«*uter prior in oppidum transcendisset*» ²⁾. Изъ словъ Цицерона (*pro Tullio* 2, 10, 11) можно понять, что *recuperatores* были освобождены отъ формальностей и сроковъ *jus civile* для того, чтобы они могли рѣшеніе свое вынести возможно скорѣе—*recuperatores dare at quam primum res judicaretur*. Вслѣдствіе характера и цѣли ихъ дѣятельности, въ выборѣ ихъ была дана большая свобода. Выносимое *recuperatores* рѣшеніе всесторонне охватывало предметы и, смотря по обстоятельствамъ, оно соотвѣтствовало то *judicium*, то *arbitrium* ³⁾.

Въ законахъ XII таблицъ поименованы случаи, когда допускается избраніе третейскаго судьи ⁴⁾. Таковы: 1) споры о границахъ

¹⁾ Maynz, Cours de droit romain, т. I, стр. 190.

²⁾ Титъ Ливій, XXVI, 48.

³⁾ Rivalta ук. соч. 98.

⁴⁾ См. С. Муромцевъ, Гражданское право древняго Рима. Москва 1883 стр. 496 и сл.

(*arbitrium finium regundorum*—табл. VII, § 5); 2) о раздѣлѣ наслѣдства (*arbitrium familiae herciscundae*,—V, § 10); 3) споры о возмѣщеніи убытковъ, нанесенныхъ зданіямъ и другой собственности дождевой водой, вслѣдствіе измѣненія ея направленія (*arbitrium aquae pluviae arcendae*, VII, § 8); 4) о двойномъ вознагражденіи, которое долженъ заплатить тотъ, кто въ качествѣ владѣльца проигралъ споръ о собственности (*arbitrium vindiciae falsae*,—XII, § 3); 5) споры о захватѣ чужихъ матеріаловъ для своего зданія и выдѣланныхъ другимъ лицомъ кольяхъ для своего виноградника (*arbitrium ad exhibendum*,—VI, § 7), и, наконецъ, *compromissum*, по всей вѣроятности, заключался 6) при спорахъ объ опредѣленіи размѣра убытковъ, причиненныхъ ревиндикаціей вещи (*arbitrium litis aestimandae*)¹⁾.

Споры, при которыхъ призывался *iudex*, обладали той особенностью, что дѣло шло обыкновенно о взаимныхъ обязательствахъ, которыя должны быть урегулированы, и что, согласно указаніямъ закона и справедливости, эти дѣла обыкновенно рѣшались *salva fide*. Впослѣдствіи, при формальной системѣ, они стали называться *actiones bonae fidei*. Эти споры, составляющіе предметы *judicis postulatio* и постепенно изъятые изъ области *actio sacramenti* усиленіями классической судебной практики, перечислены у Цицерона въ сочиненіи «*De officiis*» (III, 17). Здѣсь, упомянувъ мнѣніе Сцеволы, верховнаго жреца, что судьи *bona fide* представляютъ огромную цѣнность, онъ прибавилъ, что, если верховный жрецъ, будучи столь знаменитымъ законовѣдомъ, полагалъ, что слова *bona fide* нужно понимать въ широкомъ смыслѣ, то ихъ слѣдуетъ прилагать къ опекамъ, къ товариществу, къ фидуціарнымъ актамъ, къ мандатамъ, къ куплѣ-продажѣ, отдачѣ и взятію въ наемъ и всѣмъ другимъ житейскимъ сдѣлкамъ, при которыхъ должны приниматься во вниманіе взаимные интересы сторонъ²⁾. Это перечисленіе, однако, не всѣмъ полно: необходимо причислить сюда также споры о веденіи дѣлъ и о поклажѣ и ссудѣ, упоминаемые въ институціяхъ Гая (IV, 13). Такимъ образомъ, въ области *actio sacramenti* остались

¹⁾ Rivalta ук. соч. стр. 98 и сл.

²⁾ Quintus quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus hiis arbitriis, in quibus adderetur: ex fide bona; fideique bonae nomen existimabat manere latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis-venditis, conductis-locatis, quibus vitae societas contineretur, in his magni esse statuere, praesertim cum in plerisque essent judicia contraria quid quenkue cuique praestare oporteret.

только вещныя права и права состоянія, для которыхъ компетентной являлась коллегія центумвировъ.

Впослѣдствіи, когда *legis actiones* были замѣнены производствомъ *per formulas*, римляне учредили третейскаго судью и посредника между сторонами съ цѣлью дать отвѣтчику возможность избѣжать судебного присужденія съ него посредствомъ возвращенія собственнику удерживаемой первымъ вещи, потому что при формальномъ производствѣ присуждалась лишь извѣстная денежная сумма. Такъ какъ отвѣтчикъ могъ быть присужденъ только къ такой уплатѣ, онъ могъ принудить своего противника взять деньги, вмѣсто отыскиваемой вещи, которая для истца быть можетъ имѣла большее значеніе, чѣмъ ея денежная стоимость. Новая должность *iudex* состояла въ предотвращеніи присужденія посредствомъ дѣлаемаго отвѣтчику предложенія добровольно возвратить вещь. Это происходило посредствомъ предварительнаго рѣшенія, называемаго *arbitratus* ¹⁾.

Указанное возвращеніе регулировалось арбитромъ *ex aequo et bono*, и отвѣтчику опредѣлялся срокъ, въ который надлежало это сдѣлать. *Arbitratus*, конечно, не происходило, когда можно было съ увѣренностью предполагать, что оно будетъ бесполезно, когда, на примѣръ, отвѣтчикъ *mala fide* дѣлалъ возвращеніе вещи невозможнымъ, продавая или разрушая ее ²⁾. Наконецъ, третейскій судъ былъ установленъ также и для сервитутныхъ споровъ, на примѣръ, для обсужденія вопросовъ о *servitus actus et itineris*, о которомъ не было ничего опредѣлено самими сторонами.

Такимъ образомъ, съ распространеніемъ третейскихъ судовъ на всѣ отношенія гражданской жизни, каждое рѣшеніе давало мѣсто индивидуальной оцѣнкѣ, свободѣ и примѣненію обычнаго права. Сторонамъ уже не приходилось заботиться о внесеніи въ *intentio formulae* возраженій о предполагаемыхъ средствахъ защиты, въ особенности возраженія о *dolus*, столь важнаго и столь часто примѣняемаго для того, чтобы избѣгнуть какой-либо *malitiosa juris interpretatio* (Cic. de off. 1,10). Судьи *bona fide* или третейскіе судьи имѣли также право входить въ разсмотрѣніе возраженій. Слѣдствіемъ этого явилось то, что судья *bona fide* или третейскій судья долженъ былъ самъ по себѣ разслѣдовать, суще-

¹⁾ Gaj Inst. IV, 163. См. Муромцевъ гражд. праводревн. Рима, стр. 500 и сл.

²⁾ Savigny, System des heut. römischen Rechts т. V, стр. 121 и сл. прим. (b). Berlin 1841.

ствуется ли какое-либо изъ указанныхъ возраженій, независимо отъ того, были ли они спеціально уполномочены на это сторонами или нѣтъ.

Классическая судебная практика, пользуясь выраженіемъ Юстиніана, *subtilissimo animo et divino quodam motu*, работала надъ созданиемъ судовъ справедливости, учреждая *judicia privata* и *arbitria* въ тѣсномъ смыслѣ за счетъ юрисдикціи и компетенціи общихъ судовъ.

Б. Преторскій эдиктъ.

Преторскій эдиктъ впервые придалъ юридическое значеніе принятію третейскимъ судьей обязанности разрѣшить споръ между лицами, представившими ему на разсмотрѣніе дѣло по личному соглашенію и безъ всякаго участія публичной власти. Основаніемъ приводилось то, что избраніе третейскаго судьи посредствомъ простого компромисса должно быть подведено подъ нормы, существующія для частныхъ судей, которыя и были взяты въ качествѣ образца. Это замѣчаніе сдѣлалъ юристъ Павелъ, комментируя преторскій эдиктъ—*compromissum ad similitudinem judiciorum redigitu* (I. 9. D. IV, 8) ¹⁾.

До-преторскій третейскій судъ основывается на двухъ договорахъ сторонъ, относящихся цѣликомъ къ обычному праву: 1) договоръ сторонъ, которымъ онѣ взаимно обязываются подчиниться *sententia* облеченнаго ихъ довѣріемъ лица (арбитра), и 2) договоръ сторонъ съ облеченнымъ ихъ довѣріемъ лицомъ (съ арбитромъ), въ которомъ арбитръ обѣщаетъ вынести *sententia* (*receptum*). Оба договора, будучи формально совершенно самостоятельными, находятся, однако, въ тѣсной связи по ихъ цѣли: окончаніе правового спора посредствомъ рѣшенія третейскаго суда ²⁾. Договоръ сторонъ до нѣкоторой степени «обеспечиваетъ» *sententia arbitri* въ отношеніи объекта, времени, мѣста, облеченнаго довѣріемъ лица, соотвѣтственно желанію сторонъ. Отсюда слѣдуетъ, что въ договорѣ съ арбитромъ должны быть включены всѣ постановленія обеспечивающаго договора; если бы этого не было сдѣлано, то исполненіе ге-

¹⁾ См. возраженія фонъ-Гённера, что третейскій судъ установленъ не *ad similitudinem judiciorum*, но—*ad similitudinem transactionum*. Puchta,—*Das Inst. d. Schiedsr.* стр. 8—9.

²⁾ L. I, D. IV, 8: «*ad finiendas lites*», l. 44, D. h. t.; «*ut arbitrato ejus res terminetur*» и подчиниться рѣшенію третейскаго суда, каково бы оно ни было «*stare sententiae arbitri quam de re dixerit sive aequa sive iniqua sit*» (I. 27, § 2, D. h. t.).

сертум со стороны арбитра было бы безпредметнымъ. Это исполненіе вполнѣ добровольно, и противъ облеченнаго довѣріемъ арбитра не существовало никакого принужденія.

Если арбитръ выноситъ желаемую *sententia* и она не исполняется, то другая часть можетъ осуществить обезпечивающій договоръ. Эта структура до-преторскаго третейскаго суда явствуется изъ самого преторскаго эдикта.

Первое вмѣшательство претора было направлено не на обезпечивающій договоръ, но на договоръ съ арбитромъ, каковой носилъ техническое названіе *rescriptum arbitri*. Договоръ до эдикта заключался безъ всякой опредѣленной формы. Если обезпечивающій договоръ былъ соединенъ съ обѣщаніемъ штрафа, то роена могла быть немедленно передана арбитру. Здѣсь, на-ряду съ *arbitrium recipere*, является фактическое *recipere rem*. Очень возможно, говоритъ Маттіасъ, что выраженіе *rescriptum* первоначально и соотвѣтственно своему главному значенію опиралось на этотъ, часто происходящій при закладахъ, фактъ ¹⁾.

По вопросу о содержаніи *rescriptum*, какъ и въ вопросѣ о формѣ его, эдиктъ также не внесъ никакихъ измѣненій. Въ *rescriptum* заключается договорное принятіе *arbitrium*, т. е. вынесеніе приговора на основаніи предположеній сторонъ, согласующихся съ содержаніемъ компромисса. Содержаніе обязательства отличаетъ арбитра отъ *arbitratores electi* и отъ назначенныхъ судьей *arbitri*, дѣйствующихъ въ качествѣ экспертовъ. Основаніе обязательствъ отличаетъ его отъ публичнаго *arbiter*. Но въ одномъ отношеніи содержаніе обязательства арбитра, вслѣдствіе преторскаго эдикта, сдѣлалось весьма значительнымъ. *Arbiter* беретъ на себя обязанность вынести приговоръ только передъ сторонами, но этимъ самымъ онъ беретъ на себя функцію *judex*'а и долженъ, такимъ образомъ, подчиниться *imperium*, какъ устанавливаетъ это публичное правосудіе относительно *judex*'а: «*ut officium, quod in se recipit impleret*» (l. 3, § 1, D. h. t.), «*qui iudicis partes suscepit*» (l. 13, § 1 D. h. t.).

Принятіе на себя исполненія третейско-судебныхъ обязанностей до-преторскаго эдикта было исключительно дѣломъ довѣрія. Эти отношенія поддерживались обычаемъ и принужденіе по отношенію къ арбитру противорѣчило духу института. Но когда эти гарантіи оказались недостаточно прочными и передъ преторомъ возникла задача—оказать поддержку институту—ему не остава-

¹⁾ Matthias, Die Entwicklung des römischen Schiedsgerichts, стр. 20.

лось ничего другого, какъ подчеркнуть публичную сторону *гесертум* и подчинить арбитра своей судебной *соѳерситіо*. Указанныя въ эдиктѣ принудительныя средства были тѣ же самыя, которыя преторъ примѣнялъ по отношенію къ *judex*’у для вынужденія отъ него публичныхъ *officia: multa* и *pignoris capio*; онѣ примѣнялись на однихъ и тѣхъ же основаніяхъ. Цѣль принужденія прежде всего положительная и направлена на исполненіе всѣхъ принятыхъ въ *гесертум* обязанностей, которыя завершаются вынесеніемъ *sententia* (*coactio*). Источники указываютъ также и на отрицательное направленіе принужденія: преторъ не только принуждаетъ, но прямо воспрещаетъ (*prohibitio*) дальнѣйшее третейское судебное производство или приостанавливаетъ его (I. 32, § 10, D. h. t.) ¹⁾.

Но слѣдуетъ всегда имѣть въ виду, что преторъ, несмотря на нововведенія въ старое право, дѣлалъ большія уступки. Принужденіе примѣняется не регулярно и *ex officio*, но по просьбѣ сторонъ. Когда, по мнѣнію одной изъ сторонъ, она заинтересована въ принужденіи къ исполненію *гесертум*, то преторъ оказываетъ ей свою помощь. Этимъ устраняется столкновение частнаго и публичнаго. защищаемаго преторомъ, интереса. Преторское принужденіе становится оружіемъ въ рукахъ самихъ сторонъ ²⁾.

Такимъ образомъ, преторскій эдиктъ гарантировалъ сторонамъ исполненіе компромисса, чтобы лица, избравшія третейскаго судью, не были обмануты въ своихъ ожиданіяхъ. Такъ говоритъ Ульпіанъ и прибавляетъ: «кто, въ самомъ дѣлѣ, можетъ оспаривать справедливость того, чтобы преторъ собственною властью принуждалъ къ исполненію принятой обязанности то лицо, которое согласилось быть третейскимъ судьей и которое, будучи затѣмъ посвящено во всѣ тайны дѣла, изъ благожелательства къ кому-либо, или прельстившись деньгами, или по какой-либо иной причинѣ отказалось бы вынести рѣшеніе» ³⁾.

По мнѣнію Молитора противъ третейскаго судьи существовало

¹⁾ Ср. Weizsäcker,—Das römische Schiedsrichteramt unter Vergleichung mit dem officium judicis, Tübingen 1879, стр. 63.

²⁾ См. ук. соч. *Matтіаса* стр. 24, 25. См. тамъ же приведенныя въ примѣчаніяхъ сходныя мнѣнія *Бринца*, *Гушке*, *Келлера* и *Моммзена*.

³⁾ I 3, § 1 D, IV, 8: *finge enim post causam jam semel atque iterum tractatam, post nudata utriusque intima et secreta negotii aperta, arbitrum vel gratiae dantem vel sordibus corruptum vel alia qua ex causa nolle sententiam dicere: quisquamne potest negare aequissimum fore praetorem interponere se debuisse, ut officium quod in se recepit impleret?*

actio mandati directa ¹⁾). Однако, бывали обстоятельства, при которых нельзя было возражать противъ отказа отъ исполненія обязанностей третейскаго судьи, напимѣръ, если онъ былъ оскорбленъ или оклеветанъ одною изъ сторонъ (случай нерѣдкій); или обѣ стороны оскорбили его, выбравъ въ третейскіе судьи другое лицо и потомъ снова пожелали вернуться къ нему (l. 9—11 pr., l. 15. D. IV, 8). Были даже установлены случаи, когда третейскій судья освобождался отъ обязанности вынести приговоръ; именно—когда преклонный возрастъ, плохое состояніе здоровья, или вообще какое-либо серьезное и важное неудобство, не позволяли ему исполнить принятой на себя обязанности. Точно также и частныя, домашнія дѣла, необходимость предпринять путешествіе, а еще болѣе—общественная должность, были достаточными основаніями, чтобы отказаться отъ исполненія обязанностей третейскаго судьи. Такъ, по крайней мѣрѣ, думалъ юристъ Лабейонъ и съ нимъ соглашался Ульпіанъ (l. 15, D. IV, 8). Юристъ Павелъ высказываетъ болѣе осторожности и полагаетъ, чтобы въ томъ случаѣ, когда третейскому судѣ служило помѣхой неожиданное нездоровье или какое-либо другое обстоятельство, то онъ долженъ былъ только отложить вынесеніе рѣшенія (l. 16 pr. D. IV, 8), а не отказываться отъ него.

Третейскаго судью можно было обязать не только вынести вообще рѣшеніе, но и сдѣлать послѣднее въ опредѣленный срокъ, во избѣжаніе промедленій, которыя могли бы оттолкнуть гражданъ отъ третейскихъ судовъ и дабы воспрепятствовать третейскому судѣ дѣйствовать по произволу въ личныхъ цѣляхъ. Этотъ срокъ могъ быть установленъ самими сторонами въ компромиссѣ и третейскій судья долженъ былъ подчиняться ему; правило это было настолько обязательно, что въ томъ случаѣ, когда срокъ истекъ, а третейскій судья все еще не вынесъ рѣшенія, преторъ могъ заставить послѣдняго вынести рѣшеніе даже въ праздничные дни (l. 13 § 3, D. IV, 8). Если же, однако, третейскій судья приносилъ

¹⁾ Molitor, Cours de droit romain approfondis т. II, стр. 158. Майнцъ (т. I, стр. 412) полагаетъ, что противъ третейскаго судьи не давалось, строго говоря, никакого иска, за исключеніемъ того случая, когда онъ обязался къ этому посредствомъ *stipulatio* *propterea*. Симонъ справедливо замѣчаетъ, что требованіе сторонами какого-либо торжественнаго обѣщанія или уплаты штрафа за невынесеніе рѣшенія, значило бы заранѣе оказать недовѣріе арбитрамъ и тѣмъ оттолкнуть ихъ отъ принятія судейскихъ обязанностей. Simon,—Du compromis, Paris 1886, стр. 45 и сл.

клятву, что онъ не въ состояніи былъ вынести рѣшеніе въ срокъ, назначенный компромиссомъ, такъ какъ недостаточно полно ознакомился съ дѣломъ, то преторъ имѣлъ право дать ему отсрочку: этого требовала справедливость, говоритъ Ульпіанъ—«*aequissimum erit*» (l. 14. D. IV, 8). Когда компромиссъ былъ составленъ *sine die*, то третейскому судѣ слѣдовало установить его по соглашенію со сторонами. Въ противномъ случаѣ, по словамъ Помпонія, его могли заставить вынести рѣшеніе во всякій моментъ *omni tempore cogendus est sententiam dicere*» (l. 14 D. IV, 8). Самому третейскому судѣ было важно скорѣе отдѣлаться отъ выслушиванія вѣчныхъ жалобъ сторонъ, подчасъ надоѣдливыхъ и нескромныхъ ¹⁾.

Если компромиссъ былъ заключенъ на нѣсколькихъ третейскихъ судей и таковые приняли избраніе, то нельзя было принудить одного изъ нихъ вынести рѣшеніе, но—или всѣхъ, или никого—«*aut omnes aut nullus*» (l. 17 § 2 D. IV, 8). Однако, если этотъ компромиссъ былъ заключенъ съ условіемъ подчиниться рѣшенію любого изъ судей, одного или нѣсколькихъ, то можно было принудить того, кто въ данное время былъ на лицо. Если же, наоборотъ, было договорено, что рѣшеніе должны вынести всѣ, или что нужно придерживаться рѣшенія большинства, то нельзя было принуждать каждого въ отдѣльности (l. 32 § 13 D. IV, 8). Наконецъ, если въ компромиссѣ было условлено придерживаться рѣшенія «Тиція или Сейя», какъ пишетъ Помпоній, съ которымъ соглашается Ульпіанъ, то компромиссъ былъ дѣйствителенъ и изъ этихъ двоихъ къ вынесенію рѣшенія можно было принудить того изъ нихъ, на кого указывали стороны (l. 17. § 4 D. IV, 8). Затѣмъ, судебная практика полагала, что третейскій судья, выносящій рѣшеніе имѣлъ намѣреніе совершенно окончить споръ, возникшій между сторонами. Такимъ образомъ, если кто-либо изъявлялъ согласіе быть третейскимъ судьей при компромиссѣ, заключенномъ на рѣшеніе нѣсколькихъ дѣлъ, то считалось, что онъ не вынесъ рѣшенія, если не разрѣшилъ окончательно всѣ дѣла. Преторъ имѣлъ право принудить третейскаго судью къ тому, чтобы онъ разсмотрѣлъ всѣ предложенные на его рѣшеніе споры (l. 19 § 1 D. IV, 8).

Съ тою же цѣлью—обезпечить исполненіе и успѣхъ третейскаго суда—судебною практикою были установлены и другія не менѣе важныя правила. Онѣ касались тѣхъ случаевъ повседневной жизни, когда третейскій судъ не могъ быть доведенъ до конца

¹⁾ Rivalta ук. соч. стр. 114 и сл.

вслѣдствіе разногласія, возникшаго среди третейскихъ судей—«*propter naturalem hominum ad dissentiendum facilitatem*» (l. 17 § 6 D. IV, 8). Первое правило состояло въ томъ, что третейскіе судьи, избранные въ количествѣ болѣе одного, должны были судить коллегіально. Не требовалось, однако, чтобы рѣшеніе было единогласнымъ (l. 17 § 6 D. IV, 8). Впрочемъ, изъ уваженія къ принципу свободы, допускались другія соглашенія сторонъ по этому поводу (l. 32 § 13 D. IV, 8). Если, затѣмъ, при разсмотрѣніи дѣла обнаруживалось такое разногласіе, что являлось невозможнымъ разрѣшить споръ (когда были избраны только двое третейскихъ судей), тогда, пишетъ Ульпіанъ (l. 17 § 6 D. IV, 8), преторъ долженъ былъ принудить ихъ избрать третье лицо, мнѣнію котораго они должны были подчиниться, если только стороны не предвидѣли возможность этого случая и не указали лицо, которое должно быть третьимъ судьей. Только въ томъ случаѣ не избирался третій судья, когда судьи были согласны въ вопросѣ о правѣ истца, но расходились въ мнѣніяхъ относительно *quantum*. По словамъ Ульпіана, юристъ Юліанъ полагалъ, что въ этомъ случаѣ должно было придерживаться меньшей цифры, такъ какъ съ ней, вѣроятно, согласились бы всѣ третейскіе судьи ¹⁾).

Засимъ, преторскимъ эдиктомъ было установлено, что компромиссъ считался недѣйствительнымъ, если третейскимъ судьямъ не была предоставлена полная свобода относительно рѣшенія. Поэтому, по поводу случая, приведеннаго Помпоніемъ, гдѣ въ компромиссѣ сказано, что Сей вынесетъ то рѣшеніе, какое вынесетъ и Тицій, Ульпіанъ полагалъ, что такой компромиссъ недѣйствителенъ, такъ какъ третейскому судья не было дано полной свободы сужденія ²⁾: Последнее правило, имѣющее цѣлью также гарантировать выполнение третейскаго суда, требовало, чтобы компромиссъ былъ составленъ въ формѣ, дѣйствительно способствующей окончанію спора.

¹⁾ l. 27, § 3 D: inde quaeritur apud Julianum, si ex tribus arbitris unus quindecim, alius decem, tertius quinque condemnent, qua sententia stetur: et Julianus scribit quinque debere praestari, quia in hanc summam omnes consenserunt. По мнѣнію Симона, ошибка юриста Юліана состоитъ въ томъ, что когда третій голосуетъ за 5, то остальные 2 арбитра (т. е. большинство), голосуютъ за 5 и плюсъ нѣсколько больше; поэтому это нѣсколько надо прибавить къ 5, и только начиная съ 10, уже не будетъ большинства. Simon, *Du compromis*, стр. 73.

²⁾ l. 17, § 3 D IV, 8: Pomponius libro trigensimo tertio quaerit, si ita sit compromissum, ut quod Titio disceptatori placet, id Sejus pronuntiet, quis sit cogendus? et puto tale arbitrium non valere, in quo libera facultas arbitri sententiae non est futura.

Поэтому, если, напимѣръ, сказано, что, въ случаѣ несогласія, двое избранныхъ третейскихъ судей должны избрать третьяго, то такой компромиссъ, по мнѣнію Ульпіана, недѣйствителенъ, такъ какъ третейскіе судьи могутъ не прійти къ соглашенію при выборѣ третьяго и дѣло никогда не окончится ¹⁾.

Первая обязанность сторонъ, заключающихъ компромиссъ, состояла въ томъ, чтобы стороны дѣйствительно избрали судью, на разсмотрѣніе котораго онѣ согласились бы представить свой споръ. Кто послѣ заключенія компромисса избѣгаетъ условленнаго избранія и передаетъ дѣло обыкновенному судѣ, тотъ могъ быть присужденъ къ возмѣщенію убытковъ другого посредствомъ *condictio incerti*, или даже къ уплатѣ определенной суммы (*proesumia certa*), или къ чему либо другому, взаимно установленному въ качествѣ роена (l. 3 § 2; l. 11 § 1, 2, 4; l. 13 § 1; l. 28; l. 32 pr. l. 39 D. IV, 8).

При избраніи третейскаго судьи выборъ могъ пасть на свободное лицо, находящееся въ полномъ расцвѣтѣ своихъ физическихъ и интеллектуальныхъ силъ (l. 9. § 1 D). ²⁾ Въ цѣляхъ довѣрія законъ и судебная практика предоставляли спорящимъ возможно большую свободу. Они даже не интересовались, пользуется ли лицо, желающее быть третейскимъ судьей, дурной или хорошей славой. «Почти никакого значенія, писали Педій и Помпоній, не имѣетъ то обстоятельство, обладаетъ-ли третейскій судья репутаціей честнаго или безчестнаго человѣка». Нужно, чтобы его корыстолюбіе и преступность были доказаны ³⁾.

¹⁾ l. 17, § 5 D. h. t. Si in duos fuerit sic compromissum, ut, si dissentirent tertium adsumant, puto tale compromissum non valere: nam in adsumendo possunt dissentire. Дѣйствительно, если эти два арбитра не пришли къ соглашенію относительно разрѣшенія спора, то можно опасаться, что тѣмъ болѣе они не согласятся о выборѣ суперъ-арбитра и предложенное ими дѣло можетъ затянуться до безконечности. Напротивъ, компромиссъ будетъ дѣйствителенъ если суперъ-арбитръ указанъ заранее въ договорѣ сторонъ.

²⁾ О лицахъ, не могущихъ быть избранными въ третейскіе судьи, см. у Симона ук. соч. стр. 12 и сл., Weizsäcker ук. соч. стр. 18 и сл. и у многихъ другихъ пандектистовъ.

³⁾ l. 7, pr. D, IV, 8: Pedius libro nono et Pomponius libro trigensimo tertio scribunt parvi referre, ingenuus quis an libertinus sit, integrae famae quis sit arbiter an ignominiosus. Симонъ объясняетъ такое отношеніе тѣмъ, что римляне всячески старались укрѣпить престижъ арбитра и скорѣе предпочитали закрывать глаза на недостатки, чѣмъ копаться въ нравственности арбитра и умалять его судейское званіе. H.-Fr. Simon, — Du compromis.

Если третейскій судья былъ избранъ по общему согласію, то ни одной изъ сторонъ не дозволялось впослѣдствіи замѣнять его другимъ по собственному усмотрѣнію, потому что справедливо полагалось, что въ компромиссѣ было опредѣленно указано лицо, имѣющее право рѣшать (l. 45 D. IV 8). Если одна изъ сторонъ недобросовѣстно дѣйствовала при спорѣ, то противъ нея могли быть направлены *actio*, или *exceptio doli*, или ее можно было призвать на судъ посредствомъ *actio ex stipulatu*, если къ компромиссу была прибавлена особая запись (l. 31. D. h. t.). Такъ, если одна изъ сторонъ мѣшала третейскому судѣ обсуждать дѣло, не являясь, вопреки приказанію, то она навлекла на себя *poena stipulata* (l. 27 § 4, D. h. t.). Ульпіанъ говоритъ, что Прокулъ и Атилицинъ также высказывались, что *poena* нужно налагать и въ томъ случаѣ, если одна изъ спорящихъ сторонъ не явилась вслѣдствіе болѣзни, исполненія общественной службы, должности магистрата или по какой-либо другой причинѣ, если только она не соглашалась заключить новый компромиссъ на того же третейскаго судью (l. 23 § 9 D. h. t.). Такое важное значеніе имѣло въ глазахъ римской судебной практики окончаніе спора и полное исполненіе компромисса. Наконецъ, и присутствующая, но мѣшающая третейскому судѣ вынести рѣшеніе, сторона навлекла на себя *poena*¹⁾. Обыкновенный способъ помѣшать третейскому судѣ вынести рѣшеніе заключался у римлянъ въ томъ, что противника прежде всего вызывали къ государственному судѣ. Судебная практика обратила вниманіе на это злоупотребленіе. Мнѣнія, однако, расходились. Одни говорили, что въ этомъ случаѣ преторъ не могъ принудить третейскаго судью вынести рѣшеніе, *poena* не могла быть наложена и что компромиссъ считался какъ бы уничтоженнымъ. На это хорошо возразилъ Павелъ, заявляя, что если придерживаться этого мнѣнія, то компромиссъ обманулъ бы ожиданія и упалъ бы во мнѣніи того, кто вслѣдствіе этого сталъ бы раскаиваться въ его заключеніи, поэтому онъ полагалъ, что въ данномъ случаѣ должна быть наложена *poena*, а споръ долженъ вестись обыкновеннымъ порядкомъ передъ обыкновеннымъ судьей²⁾.

Paris 1886, стр. 13. Такого же объясненія придерживаются и другіе романисты, напр. *Matthias*.

¹⁾ l. 27. § 6 D IV, 8: *et si quis praesens arbitrum sententiam dicere prohibuit, poena committetur.*

²⁾ l. 30 D. IV, 8: *Si quis rem, de qua compromissum sit, in iudicium deducat, quidam dicunt praetorem non intervenire ad cogendum arbitrum sententiam*

Недостаточно было, чтобы стороны твердо держались договора, необходимо, чтобы третейским судьям была дана возможность хорошо ознакомиться съ дѣломъ, представленнымъ на ихъ разсмотрѣніе. Поэтому, въ компромиссѣ должны быть точно обозначены споры, подлежащіе разсмотрѣнію третейскимъ судомъ. Въ этомъ отношеніи судебная практика различала два рода компромисса—полный и неполный. Полнымъ назывался такой компромиссъ, который заключался по поводу нѣсколькихъ споровъ и дѣлъ въ ихъ совокупности; неполнымъ же — который заключался только для даннаго спора. Ульпіанъ пишетъ, что когда стороны предполагали заключить компромиссъ по поводу даннаго дѣла, то было бы вѣрнѣе, если бы онѣ только его одно и помѣстили въ договорѣ, потому что попасть въ компромиссъ и быть предметомъ третейскаго суда можетъ только то, что упомянуто—*id enim venit in compromissum, de quo actum est, ut veniret* (L. 21 § 6 D. IV, 8) ¹⁾.

Тѣ же простыя средства, которыя гарантировали исполненіе компромисса, примѣнялись и для обезпеченія достиженія цѣли, которую стороны имѣли въ виду, заключая компромиссъ и которая клонилась къ ихъ взаимнымъ выгодамъ. Поэтому сторонамъ была предоставлена полная возможность предписывать третейскимъ судьямъ какъ для разслѣдованія, такъ и для рѣшенія дѣла, такія нормы поведенія, которыя казались имъ наиболѣе удобными для вѣрнаго исхода и быстрого разрѣшенія спора. Такъ, напримѣръ, въ компромиссѣ можно было указать то мѣсто, гдѣ долженъ засѣдать третейскій судья, день, въ который должно быть вынесено рѣшеніе, т. е. срокъ, когда долженъ быть оконченъ третейскій судъ (l. 21

dicere, quia jam poena non potest esse, atque si solutum est compromissum. Sed si hoc optinuerit, futurum est, ut in potestate ejus, quem paenitet compromisisse, sit compromissum eludere. Ergo adversus eum poena committenda est lite apud judicem suo ordine peragenda.

¹⁾ Маттіасъ расширяетъ толкованіе *plenum compromissum*. По его мнѣнію, это выраженіе всегда касается способа и объема дѣйствія компромисса. «Компромиссъ называется *plenum*, когда онъ имѣетъ дѣйствіе принужденія (l. 13, § 1; l. 11, § 2 D. IV, 8). Противоположное представляетъ собою не *compromissum nullum*, но *compromissum minus plenum*, которому можетъ придаваться лишь обезпечивающее дѣйствіе. *Plenum* называется далѣе компромиссъ, къ которому присоединяется *clausula doli* (l. 31 D. IV, 8) и наконецъ *plenum* называется тотъ компромиссъ, *quod «de rebus controversiisve» compositum est*, (l. 21, § 6 D), потому что онъ можетъ и долженъ устранить споръ цѣликомъ». Matthias, *Die Entwicklung des römischen Schiedsgerichtszustandes*; Rostock 1888, стр. 41. Ср. также разсужденія Simon'a—*du compromis* стр. 22; 53 и сл.

§ 10; l. 13, §§ 3, 4; l. 14 D. IV, 8). Можно было сдѣлать особое постановленіе, что рѣшеніе дѣйствительно даже и тогда, когда оно будетъ вынесено въ отсутствіе одной или обѣихъ сторонъ, равно какъ включить въ компромиссъ записъ, чтобы третейскій судья вынесъ рѣшеніе по всѣмъ представленнымъ ему вопросамъ въ одинъ и тотъ же день, или, наоборотъ, дать ему право продлить срокъ (l. 27 § 4; l. 25 D. IV, 8). Но вообще предписывалось предоставлять третейскимъ судьямъ полную свободу сужденія, веденія и окончанія спора. Такимъ образомъ, если въ какомъ-либо компромиссѣ было сказано, что судья долженъ вынести то или другое рѣшеніе, то такой судья являлся ничтожнымъ, какъ полагалъ Юліанъ, и въ такомъ случаѣ третейскаго судью нельзя было принудить вынести рѣшеніе. Преторъ, говоритъ Лабейонъ, также не имѣлъ права критиковать рѣшеніе третейскаго судьи, который, не считаясь съ упомянутой записью, вынесъ рѣшеніе по своему разумѣнію¹⁾. Во всѣ времена, а тѣмъ болѣе въ эпоху юристовъ Лабейона и Юліана, нерѣдко можно встрѣтить крайне дерзкихъ тяжущихся, желающихъ, чтобы третейскій судья немедленно отвѣчалъ утвердительно или отрицательно на тотъ или другой вопросъ.

Что касается разслѣдованія дѣла, то третейскій судья могъ приказать сторонамъ, черезъ посланное лицо или письменно (l. 49 § 1 D. IV, 8), явиться къ нему въ опредѣленный день и въ опредѣленное мѣсто, указанная въ компромиссѣ, или же при отсутствіи такого указанія въ срокъ, и мѣсто, назначенное имъ самимъ, если только послѣднее является таковымъ, куда стороны безъ вреда для своей репутаціи не могли зайти, *in aliquem locum inhonestum* какъ, на примѣръ, *in porinam, vel in lupanarium* (l. 21, § 11, D. IV, 8). Третейскій судья могъ не только предписать сторонамъ явиться но если, напр., онѣ хотѣли прислать вмѣсто себя повѣренныхъ. онѣ могъ требовать личной явки, такъ какъ въ римскомъ правѣ присутствіе сторонъ требовалось изъ уваженія къ принципамъ единства юридическихъ актовъ и процессуальныхъ дѣйствій (l. 49, § 1; l. 21, § 11, D. IV, 8). Третейскій судья могъ назначить также и день уплаты, по крайней мѣрѣ такъ думаетъ Ульпіанъ подъ вліяніемъ мнѣнія Требація; (*solutioni diem posse arbitrum statuere puto: et ita et Trebatius videtur sentire* l. 21, § 2, D. IV, 8); онѣ

¹⁾ l. 19, pr. D. IV, 8: *qualem autem sententiam dicat arbiter, ad praetorem non pertinere Labeo ait, dummodo dicat quod ipsi videtur. Et ideo si sic fuit in arbitrum compromissum, ut certam sententiam dicat, nullum esse arbitrium, nec cogendum sententiam dicere Iulianus scribit...*

могъ приказать сторонамъ присутствовать на предварительномъ обсужденіи и наказать ослушавшуюся сторону, предписывая уплатить противнику нѣкоторую сумму (l. 39, D. IV, 8).

Свобода сужденія третейскихъ судей такъ широко понималась римской судебной практикой, что они не были признаны обязанными считаться съ рѣшеніями, произнесенными во время обсужденія: имъ дано было право отмѣнять ихъ до вынесенія окончательнаго рѣшенія. Таково было мнѣніе двухъ наиболѣе видныхъ законовѣдовъ классической эпохи—Сабина и Кассія (l. 19, § 2, D. IV, 8). Однако, третейскіе судьи во всѣхъ своихъ разслѣдованіяхъ и справкахъ не должны были переступать границъ компромисса; изъ него должно было вытекать все, что касалось разсмотрѣнія упомянутыхъ въ немъ вопросовъ. Если третейскій судья, вынося рѣшеніе по представленному ему вопросу, вынесъ рѣшенія также по вопросамъ не относящимся къ компромиссу, на что онъ не былъ уполномоченъ, то изъ этого нельзя заключить, что онъ сдѣлалъ компромиссъ недѣйствительнымъ, если вынесъ рѣшеніе согласно постановленіямъ закона. Папиніанъ рассказываетъ слѣдующій случай. Одинъ третейскій судья приказалъ, чтобы нѣсколько рабовъ были возвращены въ установленный срокъ и, въ случаѣ непослушанія, присудилъ сторону къ уплатѣ роена, установленной въ пользу фиска помимо той, которую онъ долженъ былъ уплатить противнику. Такъ какъ по римскому праву нельзя стипулировать на третье лицо, то казна не получила, благодаря этому, никакого права и третейскій судья напрасно приказывалъ, чтобы была исполнена ничтожная стипуляція. Но все таки ослушавшаяся сторона не освободилась отъ роена и навлекла на себя другую роена вслѣдствіе своего ослушанія ¹⁾.

Каковымъ бы ни было рѣшеніе третейскихъ судей, справедливымъ или несправедливымъ, оно безусловно связывало стороны, которыя должны были винить самихъ себя въ томъ, что посредствомъ компромисса передали споръ на разсмотрѣніе третейскихъ судей ²⁾. Окончательное рѣшеніе не могло быть

¹⁾ l. 42 D. IV, 8: *Arbiter intra certum diem servos restitui jussit, quibus non restitutis poenae causa fisco secundum formam compromissi condemnavit: ob eam sententiam fisco nihil acquiritur, sed nihilo minus stipulationis poena committitur, quod ab arbitro statuto non sit obtemperatum.*

²⁾ l. 27, § 2 D. IV, 8. *Stari autem debet sententiae arbitri, quam de ea re dixerit, sive aequa sine iniqua sit: et sibi imputet qui compromisit.*

исправлено, оно было неизмѣнимо и неотмѣнимо ¹⁾). Напрасно проигравшія стороны жаловались бы на несправедливость — обжалованія рѣшенія не допускалось, потому что въ глазахъ римлянъ рѣшеніе третейскаго суда представляло собою только исполненіе договора. Если стороны не повиновались, то онѣ навлекали на себя роена, стипулированную въ компромиссѣ. Таковъ былъ отвѣтъ Сцеволы по поводу одного спора о границахъ, при разсмотрѣніи котораго избранный сторонами третейскій судья установилъ эти границы въ ихъ присутствіи, причемъ одна изъ сторонъ отказалась повиноваться ему. Модестинъ говоритъ, что не имѣло никакого значенія то, выгодно или невыгодно было противнику подчиниться рѣшенію, кто не повиновался ему, осуждался безъ дальнѣйшихъ разговоровъ ²⁾). Однако, кромѣ стипулированной роена, ничего нельзя было требовать ³⁾).

Требованіе о начисленіи роена предполагало, что рѣшеніе вынесено было согласно правиламъ о третейскихъ судахъ. Проигравшая сторона, не боясь навлечь на себя роена, могла отказаться отъ исполненія рѣшенія, противорѣчащаго условіямъ компромисса, какъ напримѣръ, въ томъ случаѣ, если бы третейскій судья вынесъ рѣшеніе по вопросу постороннему предмету спора.

L. 32, §§ 16, 17, 21 и l. 21 § 4, D. IV, 8 приводятъ различные практическіе случаи, при каковыхъ можетъ быть аннулировано ихъ рѣшеніе. Напримѣръ, можетъ считаться недѣйствительнымъ рѣшеніе, вынесенное третейскимъ судьей въ отсутствіи сторонъ, не будучи уполномоченнымъ на то компромиссомъ, или рѣшеніе, вынесенное однимъ судьей, тогда какъ по компромиссу должно быть вынесено нѣсколькими третейскими судьями. По поводу послѣдняго постановленія Ульпіанъ, ссылаясь на Цельзія, говоритъ: «если при компромиссѣ избрано 3 третейскихъ судей, то достаточно согласнаго мнѣнія двоихъ, при условіи присутствія третьяго судьи. Въ противномъ же случаѣ, если третій отсутствовалъ, то несмотря на одина-

¹⁾ l. 20, D IV, 8: quia arbiter, etsi erraverit in sententia dicenda, corrigere eam non potest.

²⁾ 38 D IV, 8: cum poena ex compromisso petitur, is qui commisit damnandus est, nec interest, an adversarii ejus interfuit arbitri sententia stari nec ne.

³⁾ Относительно возможности установленія pactum, т. е. простого обѣщанія не предъявлять спора государственному суду, или, какъ называетъ его Альтенратъ,—pactum de non agendo,—и возникающей отсюда exceptio pacti de non agendo см. у Altenrath,—Grundlage und Wirkung des Schiedsspruches стр. 6 и сл. Berlin 1907.

ковое мнѣніе 2-хъ другихъ судей, рѣшеніе является ничтожнымъ, такъ какъ стороны назначали въ компромиссѣ 3 третейскихъ судей и этотъ третій, присутствуя, могъ бы привлечь на сторону своего мнѣнія 2-хъ другихъ» (l. 17 § 7 D). То же самое высказываетъ и Помпоній (l. 18 D. IV, 8).

Наконецъ было дозволено, безъ опасенія навлечь на себя роена, не подчиняться неясному рѣшенію: «ты заплатишь ему столько, сколько долженъ; рѣшено, что вашъ раздѣлъ долженъ остаться въ прежнемъ видѣ; ты получишь отъ той стороны то, что заплатилъ своимъ кредиторамъ» и т. п. Въ подобныхъ случаяхъ третейскій судья напрасно выносилъ рѣшеніе (l. 21, § 3, D. IV, 8). Едва-ли нужно говорить о томъ, что стороны не обязаны подчиняться рѣшенію и въ томъ случаѣ, когда судья приказывалъ сдѣлать что либо безчестное (l. 21 § 7 D. h. t.).

Но при отсутствіи этихъ неправильностей и недостатковъ, всегда было обязательно подчиненіе рѣшенію третейскаго судьи. Его обязательная сила истекала не изъ какой либо спеціальной особенности его, а имѣла своимъ слѣдствіемъ только наложеніе на неповинующуюся сторону стипулированной роена. Стороны сами обѣщали другъ другу придерживаться рѣшенія третейскаго судьи и въ то же время установили роена, что бы никто не отступился отъ рѣшенія. Поэтому тотъ, кто проигрывалъ, могъ обвинять только самого себя: путь третейскаго суда былъ избранъ имъ самимъ, имъ былъ избранъ судья, имъ же была стипулирована роена, ему оставалось только добровольно сносить послѣдствія своего поступка. Поэтому, говоритъ Ульпіанъ ¹⁾, судебной практикой было установлено, что изъ третейскаго суда не возникаетъ возраженія *o res judicata*, что послѣднее допускается только при рѣшеніяхъ тѣхъ судей, которые облечены *impregium*, т. е. магистратовъ, или при такихъ судебныхъ разбирательствахъ, въ которыя они могли вмѣшаться собственною властью, хотя бы дѣло шло о частномъ спорѣ, вполнѣ предоставленномъ усмотрѣнію сторонъ.

Между римскими *prudentes* подробно обсуждался вопросъ о томъ, какимъ образомъ начисляется стипулированная роена въ случаѣ неподчиненія рѣшенію третейскаго судьи той или другой стороны ²⁾. Это былъ безусловно важный вопросъ, потому что, если бы отсутствовало практическое указаніе относительно исполненія

¹⁾ l. 2 D IV, 8: *ex compromisso placet exceptionem non nasci, sed poenae petitionem.*

²⁾ Ср. Altenrath, *Grundlage und Wirkung des Schiedsspruches*, стр. 17 и сл.

рѣшенія, то институтъ третейскаго суда потерялъ бы весь свой смыслъ въ самой существенной своей части. Это практическое указаніе могло быть дано только судебной практикой. Прежде всего она занялась вопросомъ, когда должна быть наложена стипулированная роепа на проигравшую сторону, не повинующуюся рѣшенію третейскаго судьи. По поводу этого вопроса Цельзій пишетъ (l. 21, § 12, D. IV, 8), что если въ компромиссѣ не былъ указанъ срокъ, то нужно было установить соотвѣтствующій день, по истеченіи котораго можно было бы немедленно требовать наложенія роепа. Однако, прибавлялъ онъ, если даже срокъ былъ назначенъ до засѣданія суда, то нельзя было немедленно подавать искъ *ex stipulatu*, потому что справедливость требовала, чтобы выигравшая сторона немного подождала, въ особенности, говоритъ Павелъ (l. 22, D. h. t.), если она не была заинтересована въ немедленномъ исполненіи приговора. Цельзій проявляетъ большую строгость по отношенію къ тому случаю, когда день уплаты назначилъ самъ арбитръ: «если арбитръ, говоритъ онъ, присудилъ одну изъ сторонъ отдать какую либо вещь въ теченіе сентябрьскихъ календъ, а сторона не повиновалась, то она не избавляется отъ стипулированной въ компромиссѣ роепа и въ томъ случаѣ, если бы впослѣдствіи сдѣлала попытку отдать эту вещь, потому что она, такъ или иначе, не отдала ее въ теченіе календъ»... Требовалось, чтобы другая сторона согласилась принять; если она и послѣ этого требовала роепа, то противъ нея можно было заявить *exceptio doli* (l. 23, pr. D. IV, 8).

Однако, Цельзій, смягчая свое вышеприведенное мнѣніе, говоритъ, что тотъ, кто намѣревался заплатить въ установленные сроки, но не могъ вслѣдствіе того, что ему помѣшали это сдѣлать или кредиторъ, или какія-либо непредвидѣнныя обстоятельства, тотъ не навлекаетъ на себя роепа, потому что предполагается, что онъ подчинился рѣшенію третейскаго судьи и сдѣлалъ все зависящее, чтобы исполнить его. Тѣмъ болѣе не имѣетъ мѣста начисленіе роепа, когда третейскій судья приказалъ уплатить извѣстную сумму въ назначенный день, а противная сторона не захотѣла принять ее. Если впослѣдствіи кредиторъ выразить готовность принять упомянутую сумму, отъ которой онъ отказался ранѣе, то на него должна быть начислена роепа (l. 23 §§ 2, 3; l. 24 D. IV, 8). Таково было преобладающее мнѣніе, хотя Прокулу оно кажется слишкомъ суровымъ (l. 23 § 1 D. h. t.). Наконецъ, если рѣшеніе третейскаго судьи, вмѣсто присужденія, заключало въ себѣ хотя бы и неявно выраженное запрещеніе требовать чего либо, то роепа начислялась,

если это требованіе предъявлялось. Поэтому, говоритъ Ульпіанъ (l. 21 § 1 D. h. t.): «если третейскій судья рѣшилъ, что Тицій, повидимому, не является должникомъ Сея, хотя и не запретилъ Сею требовать, то все-таки, если бы послѣдній потребовалъ, то считалось бы, что онъ дѣйствуетъ противъ приговора. Такой же отвѣтъ, прибавляетъ онъ, дали Офілій и Требацій».

Точно также и наслѣдникъ одного изъ компромиттентовъ, пишетъ Цельзій, навлекъ бы на себя роена, если бы потребовалъ этого отъ другой стороны на томъ основаніи, что третейскіе судьи призываются положить конецъ спору, а не продолжать его.

Кромѣ сего, классическая судебная практика выработала особый институтъ *arbiter in contractibus adjectus*. Его спеціальная задача состояла въ томъ, чтобы высказывать свое мнѣніе относительно всѣхъ разногласій и споровъ, могущихъ возникнуть изъ опредѣленныхъ договоровъ. Это мнѣніе получило названіе *arbitrium boni viri*, вслѣдствіе обязанности этого *arbiter adjectus* поступать по чести и справедливости. Вообще всякая уплата, всякій предметъ договора въ отношеніи вопросовъ факта могли вызвать обсужденіе третьяго лица и даже одного изъ контрагентовъ¹⁾. Запись о третейскомъ судѣ чаще всего присоединялась къ договору товарищества на предметъ его ликвидаціи.

Этотъ третейскій судъ долженъ былъ, главнымъ образомъ, справедливо удовлетворить стороны пропорціонально тому, что каждый внесъ въ товарищество. Нерѣдко это порученіе возлагалось на одного изъ товарищей. Если же, однако, другимъ товарищамъ его дѣйствія не нравились, или *arbitrium* было найдено несогласнымъ чести и справедливости, то его можно было исправить посредствомъ *judicium bonae fidei* (l. 6 и 76 D. pro socio XVII; 2). Этого требовали особый характеръ порученія третейскому судьи и въ этомъ заключается принципиальное, указанное Прокуломъ, различіе между *arbiter compromissarius* и *arbiter adjectus*. Однако и въ послѣднемъ случаѣ всѣ примѣняемыя практическія правила исходятъ изъ предполагаемаго намѣренія и воли сторонъ. Рѣшеніе имѣетъ добровольный и договорный характеръ²⁾.

¹⁾ См. Rivalta ук, соч. стр. 182 и сл.

²⁾ Вейсманъ (Civil. Arch. Bd. LXXII, стр. 270 и сл.) называетъ *arbiter'a in contractibus adjectus* третейскимъ экспертомъ, *arbitrator'омъ*; но въ существующемъ фрагментѣ (l. 76 D., XVII, 2) онъ указывается какъ *arbiter*, да и самое выраженіе *arbitrator* не находится въ *Corpus juris civilis*. См. Hayum, Der Schiedsvertrag, Tübingen 1892, стр. 31.

Всѣ эти правила были логическимъ развитіемъ одного принципа, и въ своей совокупности составили сущность института третейскихъ судей.

Римскимъ *prudentes* принадлежитъ и другая заслуга—именно наивозможно тонкій и глубокий анализъ этого учрежденія. Этотъ анализъ состоялъ въ развитіи самаго принципа третейскаго суда, основывающагося исключительно на идеѣ свободы гражданскихъ отношеній; римскіе юристы стремились обезпечить практическое осуществленіе компромисса, облегчить исполненіе и увеличить его преимущества.

Обозрѣвая древнія судебныя коммерческія учрежденія, извѣстный изслѣдователь Морель ¹⁾ не нашелъ такихъ спеціально назначенныхъ судей для вѣдѣнія коммерческихъ тяжбъ ни въ республиканскомъ, ни въ императорскомъ Римѣ по той простой причинѣ, что въ это время институтъ третейскихъ судей пользовался среди коммерческаго міра большою популярностью. Римскіе купцы при возникновеніи спорныхъ отношеній по торговымъ сдѣлкамъ охотно прибѣгали къ выбору лица, въ качествѣ третейскаго судьи, обладавшаго широтою взглядовъ и техническими знаніями, въ частности, конечно, купца, занимающагося одинаковой съ нимъ профессіей. Такое положеніе вещей продолжалось до паденія Римской имперіи, т. е. за предѣлы того періода, когда гражданское право отличалось еще формализмомъ и нѣкоторою узостью, не всегда удобными для живого коммерческаго оборота.

В. Императорская эпоха.

Императорскій деспотизмъ, повлекшій за собою порчу нравовъ и постепенный упадокъ республиканской свободы, оказалъ крайне вредное вліяніе также и на институтъ третейскаго суда. Дѣйствительно, съ теченіемъ времени начали обнаруживаться злоупотребленія. Изъ одного фрагмента юриста Павла (32 § 14 D. IV, 8) мы узнаемъ о нѣкоемъ третейскомъ судѣ, который, будучи, по особымъ причинамъ очевиднымъ врагомъ одной изъ сторонъ, уличенный въ присутствіи свидѣтелей и получившій предложеніе отказаться отъ вынесенія рѣшенія, тѣмъ не менѣе непремѣнно хотѣлъ вынести его. По этому поводу императоръ Антонинъ, въ отвѣтъ на жалобу одной изъ сторонъ, постановилъ, что они могли бы

¹⁾ Morel, Les juridictions commerciales au Moyen-Age, Paris 1897, Стр. 12, 15 и сл.

воспользоваться *exceptio doli mali*. Тотъ же императоръ, когда къ нему въ послѣдствіи обратился судья за совѣтомъ по поводу направленной къ нему просьбы о роена *stipulata*, постановилъ, что противникъ не можетъ апеллировать, однако, взамѣнъ этого можетъ противопоставить требованію роена *stipulata* упомянутую *exceptio doli mali*. Такимъ образомъ, косвеннымъ путемъ и вслѣдствіе злоупотребленій допускалось измѣненіе приговоровъ третейскихъ судей, прежде никогда не допускавшееся ¹⁾).

Весьма понятно, что подобныя злоупотребленія были нерѣдки. Апелляція на рѣшеніе третейскихъ судей была воспрещена не только многовѣковой судебною практикой, какъ противорѣчащая природѣ института, но этотъ же императоръ въ спеціальномъ рескриптѣ особо подчеркнул принципъ, что на рѣшеніе третейскаго судьи не можетъ быть принесена апелляціонная жалоба ²⁾). Скоро обнаружались еще болѣе значительныя злоупотребленія, какъ можно видѣть изъ рескриптовъ императоровъ Діоклетіана и Максиміана, которые даровали право *exceptio doli mali* той проигравшей сторонѣ, къ кому выигравшая осмѣлилась предъявлять искъ *ex stipulatu* изъ рѣшенія, вынесеннаго по подкупу и благожелательству ³⁾). При этомъ нужно замѣтить, что названный рескриптъ былъ изданъ по поводу спора отца съ своею дочерью.

Паденію престижа третейскихъ судовъ частью способствовали также и недобросовѣстность сторонъ, которыя не являлись къ третейскому судѣ, какъ обѣщали, и пренебрегали или глумились надъ его рѣшеніемъ. Поэтому императоры были вынуждены напоминать объ этомъ обязательствѣ сторонамъ, а также и о послѣдствіяхъ за это пренебреженіе. «Если, несмотря на компромиссъ, предписывали императоры Каръ, Каринъ и Нумеріанъ, твой противникъ откажется явиться къ заранѣе избранному третейскому судѣ, то онъ

¹⁾ Альтенратъ усматриваетъ въ этой *exceptio doli mali* простой коррективъ явно несправедливыхъ третейскихъ приговоровъ, вслѣдствіе пристрастнаго отношенія *arbiter* (См. Althernath указ. сочин. стр. 23), но въ томъ же фрагментѣ юристъ Павелъ называетъ упомянутую *exceptio* равносильной апелляціи—*«per hanc exceptionem quaedam appellandi species est»*.

²⁾ L. 1. Cod. de receptis, II, 55 (56). *Ex sententia arbitri ex compromisso jure perfecto aditi appellari non posse saepe rescriptum est.*

³⁾ L. 3. Cod. eod. tit. II, 55 (56). *Arbitrorum ex compromisso sententiae non obtemperans, si sordes vel evidens gratia eorum qui arbitrati sunt intercessit, adversus filiam tuam agentem ex stipulatu exceptione doli mali uti poteris.*

навлекаетъ на себя стипулированную роена»¹⁾. Такъ какъ этого напominанія оказалось недостаточно, то Юстиніанъ позаботился о прямомъ средствѣ принудить противника исполнить договоръ, даже не снабженный стипуляціей, и предупредить затрудненія, возникающія изъ несоблюденія третейскаго рѣшенія. Съ этой цѣлью онъ опубликовалъ два закона, которыми даровалъ выигравшему дѣло, будь то истецъ или отвѣтчикъ, право иска или возраженія *in factum*, или *condictio ex lege*, смотря по обстоятельствамъ, когда стороны поклялись исполнить компромиссъ²⁾. Въ томъ случаѣ, если клятвы не было дано, тотъ же императоръ постановилъ, чтобы названный искъ и возраженіе предъявлялись къ тому изъ спорящихъ, кто одобрилъ приговоръ, подписавъ его, хотя бы не въ торжественной формѣ, требуемой древнимъ правомъ³⁾. Кромѣ сего, этотъ искъ и возраженіе могутъ примѣняться не только въ томъ случаѣ, когда сторона не поклялась исполнять третейскаго рѣшенія, но даже тогда, когда она не подписала рѣшенія, если прошло 10 дней съ момента опубликованія послѣдняго и оно не было обжаловано⁴⁾.

Другое важное злоупотребленіе заключалось въ томъ, что многіе избирали въ третейскіе судьи лицъ, незнающихъ законовъ, неосвѣдомленныхъ съ судопроизводствомъ и незаслуживающихъ до-

1) L. 2. Cod. de receptis II, 55 (56). Si contra compromissum adversarius tuus apud electum arbitrum praesentiam sui facere detrectavit, placitae poenae videtur obnoxius.

2) L. 4. Cod. eod. tit. II, 55 (56). Справедливо замѣчаетъ Маттіасъ, что здѣсь не только не можетъ быть рѣчи о самостоятельномъ значеніи *sententia*, но и сама конструкція этого третейскаго договора признанія не надежна. Признавать можно только нѣчто имѣющееся на лицо, признаніе же чего-либо въ будущемъ можетъ въ крайнемъ случаѣ имѣть значеніе обѣщанія что-либо признать. Совершенно противорѣчитъ здравому смыслу говорить о клятвенномъ признаніи, содержаніе котораго опредѣлится лишь третейскимъ приговоромъ. См. Matthiass ук. сочин. стр. 125 и сл.

3) L. 4 § 6 Cod. eod. tit. II, 55 (56). Si quis autem post arbitri definitionem subscripserit ἐμμένειν vel στοιχεῖν vel πληρῶν vel πάντα ποιεῖν vel δίδοναι (graecis enim vocabulis haec enarrare propter consuetudinem utilius visum est), etsi non adjecerit ὁμολογῶ, et sic omnimodo per actionem in factum eum compelli ea facere quibus consensit.

4) L. 5 § 1. Cod. de recept. II, 55 (56). Sin autem minime quidem post sententiam subscripserint arbitri formam amplecti, sed silentio eam roboraverint et non intra decem dies proximos attestatio missa fuerit vel judici vel adversariis ab alterutra parte, per quam manifestum fiat definitionem non esse amplectendam, tunc silentio partium sententiam roboratam esse et fugienti exceptionem et agenti memoratam actionem competere.

вѣрія, лицъ, не имѣющихъ понятія о справедливости и о примѣненіи ея на практикѣ; этимъ лицамъ компромитенты клялись придерживаться ихъ рѣшенія, но потомъ, будучи недовольны ихъ рѣшеніемъ, забывали о клятвѣ и стремились измѣнить рѣшеніе. Императоръ Юстиніанъ, сознавая вредъ, наносимый частнымъ и общественнымъ интересамъ, постановилъ, чтобы на будущее время не давалось никакой клятвы при заключеніи компромисса ¹⁾. Онъ установилъ, чтобы желающіе избрать третейскихъ судей дѣлали это *cum* *roenae stipulatione*, но въ то же время дозволилъ сторонѣ, недовольной рѣшеніемъ, обращаться къ другимъ судьямъ за измѣненіемъ его, съ тѣмъ, однако, чтобы былъ уплоченъ установленный штрафъ. Этимъ былъ измѣненъ существенный пунктъ классическаго устройства института третейскаго суда.

Такимъ образомъ институтъ третейскаго суда, основанный на свободныхъ отношеніяхъ, по мѣрѣ развитія императорскаго режима и укрѣпленія абсолютной власти цезарей сначала искажается, а потомъ и почти исчезаетъ вмѣстѣ съ республиканскою свободою.

¹⁾ Novella 82, Cap. XI, § 1. См. Rivalta указ. соч. стр. 135—140.

II.

Каноническое право.

Христiанство, будучи врагомъ всякихъ споровъ и пререканiй, проповѣдывало миръ и законы, живые не формой, но истиной. Руководствуемый этими принципами, апостоль Павелъ выражалъ желанiе, чтобы христiане не несли свои споры въ гражданскiе суды и совѣтовалъ имъ для достиженiя окончанiя споровъ обращаться къ людямъ, наиболѣе уважаемымъ церковью ¹⁾. Завѣтъ св. апостола Павла, принятый первыми христiанами, исполнялся такъ строго, что одного его было достаточно, чтобы поддержать миръ между ними. Третьейскими судьями, по большей части, избирались представители христiанскихъ общинъ, чаще всего, конечно, епископы. Послѣднiе сумѣли прiобрѣсти громадную любовь населенiя съ одной стороны, и могущественную помощь и поддержку императоровъ съ другой.

Первоначально рѣшенiе епископовъ было скорѣе *amicabilis compositio*, т. е. установленiемъ мировой сдѣлки при добровольномъ подчиненiи сторонъ, чѣмъ дѣйствительнымъ третейскимъ рѣшенiемъ; но случалось, что епископы выносили рѣшенiя въ собственномъ смыслѣ тамъ, гдѣ это являлось необходимымъ ²⁾. Установленiе посредничества и третейскаго суда епископовъ были предметомъ двухъ указовъ Константина, одного, неизвѣстнаго намъ, отъ 318 (или 321 г.), другого отъ 331 года, которыми императоръ пре-

¹⁾ Первое посл. къ Коринѳянамъ гл. VI, ст. 1, 4 и 5. Какъ смѣетъ кто у васъ, имѣя дѣло съ другимъ, судиться у нечестивыхъ, а не у святыхъ?... А вы, когда имѣете житейскiя тяжбы, поставяете *своими судьями* ничего не значущихъ въ церкви... Къ стыду вашему говорю: неужели нѣтъ между вами ни одного разумнаго, который могъ-бы разсудить между братьями своими?

²⁾ Fehr,—*Das Schiedsgericht*, стр. 2. Подобное разбирательство не имѣло договорнаго характера; обезпеченiемъ третейскаго приговора было только *metus poena*, а не договорная неустойка. Matthias,—*Die Entwicklung des römischen Schiedsgerichts*, стр. 131.

доставлялъ право каждому и во всякое время обращаться къ умиротворяющему суду епископовъ ¹⁾. Населеніе добровольно шло къ нимъ вслѣдствіе того громаднаго нравственнаго вліянія, которое они имѣли у первыхъ христіанъ. Лица, уважаемыя за свой возрастъ и знанія, сидѣли иногда по цѣлымъ днямъ, разбирая и улаживая споры. Сами язычники, поражаемые мудростью выносимыхъ рѣшеній, приходили совѣтоваться съ ними и приносили на ихъ судъ свои дѣла и споры ²⁾. Рѣшенія епископовъ, освобожденные отъ всякихъ формальностей, имѣли цѣлью свести право и юридическія основанія къ требованіямъ справедливости.

По закону императора Константина 331 года ³⁾, третейскій судъ епископовъ былъ ничѣмъ не ограниченъ. Всякому, у кого возникалъ споръ, дано было право обращаться за разрѣшеніемъ его къ своему епископу, даже если бы истекли всѣ установленные закономъ сроки для приведенія разнаго рода доводовъ, доказательствъ и ссылокъ, даже и тогда, когда приговоръ судьи былъ совершенно готовъ, но лишь не объявленъ. Эти постановленія императоръ Константинъ сдѣлалъ для того, чтобы распространить между гражданами тотъ духъ христіанскаго милосердія, который совершенно отсутствовалъ въ обыкновенныхъ судахъ. На томъ же основаніи упомянутымъ закономъ запрещалось каждому вновь обсуждать дѣло, уже рѣшенное епископомъ, а магистратамъ предписывалось заботиться объ исполненіи этихъ рѣшеній.

Среди романистовъ существуетъ разногласіе о томъ, былъ ли третейскій судъ епископовъ добровольнымъ или принудительнымъ. Еще Haepel, а потомъ въ числѣ многихъ другихъ и Matthiass, являются сторонниками мнѣнія, что императоръ Константинъ утвердилъ за епископомъ право разрѣшать споры, причемъ каждая сторона могла обратиться къ епископу независимо отъ другой, и соглашенія не требовалось; такимъ образомъ, епископъ былъ облеченъ государственною судебною властью ⁴⁾. Тогда какъ Ривальта ⁵⁾ по-

¹⁾ См. Rivalta ук. соч. стр. 142.

²⁾ Troplong, De l'influence du Christianisme sur le droit civil des Romains стр. 116 и сл. См. у Rivalta стр. 144.

³⁾ Годофретъ объявилъ подлинность этого закона подложнымъ. Ошибочность этого мнѣнія доказана Майнцомъ въ его Cours de droit romain, т. I, стр. 334 и 349. Ср. Matthiass, ук. соч. стр. 132 и сл.

⁴⁾ Matthiass ук. соч. стр. 134.

⁵⁾ Въ томъ мѣстѣ закона императора Константина, гдѣ сказано, что каждый можетъ передать споръ на разрѣшеніе епископа въ качествѣ тре-

лагаеть, что установленіе принудительнаго третейскаго суда противорѣчило бы тому духу примиренія, ради котораго апостоль совѣтовалъ христіанамъ воздерживаться отъ обращенія въ гражданскій судъ, передавая дѣла съ взаимнаго согласія на разрѣшеніе того, кто, пользуясь уваженіемъ и довѣріемъ всѣхъ, могъ бы быть избранъ въ качествѣ судьи между своими братьями. Совѣтъ, необдуманно преобразованный въ обязательство, потерялъ бы большую часть своего дѣйствительнаго значенія. Единственно, что могъ сдѣлать христіанскій законодатель, это поощрить такой способъ дружелюбнаго разрѣшенія и улаженія споровъ, придавая большую силу рѣшеніямъ, почитаемыхъ и уважаемыхъ лицъ, каковыми были епископы первыхъ вѣковъ христіанства. Покровительствуя епископскимъ третейскимъ судамъ, Константинъ, по его собственнымъ словамъ, намѣревался главнымъ образомъ уничтожить зародыши споровъ, находившихъ обильную пищу въ казуистикѣ и строгостяхъ обыкновенной судебной процедуры. Для исполненія этого намѣренія достаточно было открыть свободный доступъ къ такому третейскому суду, чтобы граждане имѣли право обращаться къ нему, когда они этого пожелаютъ, чтобы рѣшеніе епископа не встрѣчало препятствій и затрудненій у магистрата, который долженъ былъ привести его въ исполненіе, чтобы судъ дѣйствительно оканчивалъ споры и примирялъ стороны, чтобы этотъ же споръ снова не выходилъ къ суду государственному. Императоръ Константинъ, закономъ 321 года придавъ рѣшенію епископовъ законную силу, спеціально подтвердилъ, что послѣдніе не могутъ рѣшать при отсутствіи одной изъ сторонъ и по настоянію только одной изъ нихъ. Это по его мнѣнію было бы узурпаціей—*«ita tamen ne usurpetur in eo»*.

Однако, Ривальта допускаеть возможность предполагать, что въ бурныя времена первыхъ вѣковъ христіанства епископы, побуждаемые святымъ рвеніемъ милосердія и справедливости, добровольно становились защитниками угнетенныхъ, вмѣшивались въ споры, стараясь отговорить стороны отъ суда и убѣждая ихъ принять совѣты и то рѣшеніе, которое подсказывали принципы нравственности и естественнаго права. Но съ теченіемъ времени это часто повторявшееся вмѣшательство, хотя и предпринимавшееся съ луч-

тейскаго судьи, далѣе идетъ подозрительная фраза *«etiamsi alia pars refragatur»*. Эту фразу Ривальта исправляетъ такъ: *si tamen alia pars non refragatur*. См. подробности у Rivalta ук. соч. стр. 146 и 148.

шими намѣреніями, могло лишить третейскій судъ того характера свободы, который долженъ былъ отличать его даже въ рукахъ духовенства, и легко могло превратить этотъ третейскій судъ въ настоящую судебную власть. Вслѣдствіе этого императоры Аркадій и Гонорій сочли полезнымъ напомнить объ этомъ закономъ отъ 398 года ¹⁾, гдѣ говорится, что если кто-либо пожелаетъ заключить компромиссъ о передачѣ спора на разрѣшеніе епископа, то это ему не воспрещается, но что при этомъ должны соблюдаться общія правила, установленныя для добровольнаго третейскаго суда, во избѣжаніе недоразумѣній, легко могущихъ возникнуть при другомъ родѣ дѣйствій. Право представлять свои споры на разрѣшеніе епископовъ, какъ третейскихъ судей, съ условіемъ, чтобы это происходило путемъ заключенія добровольнаго компромисса, было признано какъ для духовныхъ, такъ и для свѣтскихъ лицъ, новеллой Валентина III отъ 452 года ²⁾. Но ни эта новелла, ни законъ имп. Аркадія и Гонорія не отмѣняютъ закона императора Константина: они заботятся только о томъ, чтобы епископскій третейскій судъ не потерялъ своего характера свободнаго и необязательнаго суда и что бы дѣйствія, противныя закону, не породили въ будущемъ сомнѣній, влекущихъ за собою ссоры и разногласія, вредныя для института.

Послѣ паденія Римской имперіи авторитетъ католической іерархіи для вѣрныхъ сохранилъ свою силу и при владычествѣ варваровъ. Не только духовныя лица, но также и свѣтскія, могли представлять свои споры на судъ епископа, который выносилъ свое рѣшеніе въ видѣ краткаго третейскаго приговора, безъ всякаго затрудненія приводимаго въ исполненіе правительственными властями. Популярности этихъ третейскихъ рѣшеній въ значительной степени способствовала испорченность магистратовъ, на которую жаловался въ своихъ письмахъ св. Григорій Великій.³⁾

Эти рѣшенія всегда обосновывались на обычномъ правѣ. Самъ папа спеціально рекомендовалъ это духовенству. Соблюденіе этихъ правилъ способствовало сохраненію традицій въ такое время, когда

¹⁾ Leg. VII. Cod. de episcop. audientia: si qui ex consensu apud sacrae legis antistitem litigare voluerint, non vetabuntur, sed experientur illius. in civili dumtaxat negotio more arbitri sponte residentis iudicium. Quod his obesse non poterit nec debebit, quos ad praedicti cognitoris examen conventos (coactos) potius abfuisse, quam sponte venisse constiterit. Rivalta, ук. соч. стр. 149.

²⁾ См. Rivalta стр. 150.

³⁾ Rivalta ук. соч. стр. 167 и сл.

насиліе грозило задушить право, когда правосудіе облеклось въ варварскія формы, и военное время замѣнило мирныя гражданскія отношенія.

Самымъ большимъ вліяніемъ на народныя массы пользовалось духовенство въ Испаніи. Тамъ, съ самаго основанія Вестготскаго государства, большая часть споровъ рѣшалась третейскимъ судомъ епископовъ, къ которымъ обращались и римляне, и варвары. Благодаря такому вліянію духовенства, вестготы скорѣе другихъ варварскихъ народовъ усвоили римскіе обычаи и съ особой энергіей стремились разработать собственное право, согласно болѣе здоровымъ принципамъ, между которыми не послѣднее мѣсто занимала свобода третейскихъ судовъ и заключенія компромиссовъ. Законъ императора Константина 321 года о третейскомъ судѣ епископовъ былъ включенъ Аларихомъ въ его *Breivarium*. Но вестготскіе короли обращали слишкомъ много вниманія на возможность злоупотребленій, и это отчасти повредило той свободѣ судовъ, которая была положена законами въ основу правосудія. Дѣйствительно, ни одинъ судья, даже тотъ, который былъ *ad hoc* избранъ сторонами, не имѣлъ права рѣшать спора, не предусмотрѣннаго законами. Только одинъ король могъ рѣшить въ такомъ случаѣ, что является разумнымъ и справедливымъ. Отсюда вытекала опасность, что королевскій произволъ замѣнитъ тѣ принципы справедливости и естественнаго права, по которымъ могли бы дѣйствовать обыкновенныя суды и третейскіе судьи.

Бревіарій Алариха получилъ большое распространеніе въ Франкскомъ государствѣ и сталъ пользоваться большимъ авторитетомъ. Въ вопросѣ о судьяхъ галлы-римляне придерживались главнымъ образомъ того закона, помѣщеннаго въ бревіаріи, который позволялъ обращаться за разрѣшеніемъ споровъ къ епископамъ. Такимъ образомъ, епископы и въ Галліи скоро сдѣлались добровольными третейскими судьями для большей части споровъ. Франкскіе короли и императоры также благосклонно относились къ этому обычаю, столь благопріятствовавшему распространенію и укрѣпленію мира и спокойствія среди ихъ подданныхъ. Законъ Константина былъ воспроизведенъ въ капитуляріяхъ Карла Великаго ¹⁾.

Такимъ образомъ, во Франціи отводъ обыкновеннаго судьи и передача споровъ на разрѣшеніе третейскаго суда епископовъ сдѣлалось общимъ правиломъ.

¹⁾ Glasson.—Histoire du droit et des institutions politiques, civiles et judiciaires de l'Angleterre, Paris 1882, т. I стр. 224 и сл.

III.

Средніе вѣка. Возникновеніе торговыхъ третейскихъ судовъ.

Духъ рабской зависимости, порожденный феодализмомъ, оказалъ на третейскіе суды двоякое вліяніе: онъ сдѣлалъ ихъ весьма рѣдкими и почти невозможными и облекъ въ форму милости и терпимости. Дарованіе такъ называемыхъ привилегій сообщило частнымъ лицамъ право судить людей, по существу имъ не подчиненныхъ, т. е. свободныхъ людей, поселившихся на земляхъ привилегированнаго лица и принятыхъ имъ, помимо прочихъ условій и съ тѣмъ, чтобы они подчинялись его правосудію. Вслѣдствіе бурныхъ временъ, непорядковъ и нищеты, огромное число свободныхъ лицъ отказывалось отъ своихъ правъ, чтобы стать подъ покровительство какого нибудь сеньора. Избраніе третейскаго судьи рассматривалось какъ важное оскорбленіе феодальнаго правосудія, если только самъ феодалъ не согласился на него, или не былъ заинтересованной стороною ¹⁾.

При феодальной системѣ только король и князья могли передавать свои дѣла на разрѣшеніе третейскихъ судей путемъ компромисса. Но эти третейскіе суды относятся къ области международнаго права, гдѣ проявленіе естественной свободы не встрѣчаетъ тѣхъ препятствій, которыя оно находитъ въ частномъ гражданскомъ правѣ.

Отдѣльные свободные индивидуумы стремились смягчить свою чрезмѣрную зависимость отъ феодаловъ путемъ устройства союзовъ, ассоціацій и т. п. Однимъ изъ правъ, которыхъ домогались эти ассоціаціи, являлось право представлять свои споры на разсмотрѣніе третейскихъ судей, облеченныхъ ихъ довѣріемъ и избранныхъ изъ среды общества. Послѣ борьбы, король и вассалы, въ концѣ концовъ, разрѣшали такую вольность и позволяли членамъ такихъ

¹⁾ См. Rivalta ук. соч. стр. 181 и сл.

обществъ пользоваться услугами третейскихъ судей, сравнивъ ихъ рѣшенія съ приговорами курій¹⁾. Но, подобно всѣмъ другимъ правамъ, которыя феодалы признавали за обществами, возникавшими въ средніе вѣка, право заключенія компромисса о третейскомъ судѣ носило характеръ привилегіи.

А. Италія.

Единственнымъ счастливымъ исключеніемъ въ эту эпоху была Италія, гдѣ ни монархіи, ни сеньеры, ни уставы обыкновенныхъ судовъ, ни правила разнообразной судебной практики не противились обычаю передавать разрѣшеніе споровъ въ третейскіе суды. Всего болѣе обычай третейскаго суда былъ распространенъ въ итальянскихъ республикахъ, захватывая собою всѣ области частной жизни²⁾.

Третейскіе судьи сначала призывались, главнымъ образомъ, при торговыхъ спорахъ, такъ какъ въ Италіи первыя ассоціаціи свободныхъ людей образовывались среди лицъ, занимающихся торговлей, потому что послѣдняя можетъ существовать только при условіи свободы. Такія торговая ассоціаціи и общества были однимъ изъ могущественныхъ факторовъ образованія итальянскихъ коммунъ.

Укрѣпившись въ силѣ и могуществѣ, коммуны и республики Италіи сумѣли отстоять у императоровъ законное признаніе ихъ *добрыхъ обычаевъ*, т. е. права регулировать по своему усмотрѣнію какъ частныя, такъ и публичныя условія гражданской жизни и въ особенности имѣть народный и свободный судъ, процвѣтавшій въ Италіи *e multis retro temporibus vivendo lege romana*, согласно выраженію древняго Пизанскаго статута³⁾.

Въ распространеніи обычая заключенія компромиссовъ и укрѣпленіи его среди населенія большую роль сыграли римскіе папы, въ особенности знаменитые своею ученостью и знаніемъ законовъ, какъ напр. Иннокентій III. По мнѣнію Ривальта, дѣятельность папъ, какъ

¹⁾ Статуты Монпелье, утвержденные въ 1204 Петромъ II Арагонскимъ. См. Rivalta ук. соч. стр. 189. André (*Gemeinrechtliche Grundzüge der Schiedsgerichte*, Jena 1860, стр. 19) сообщаетъ, что третейскій судъ въ эту пору широко примѣнялся въ Голландіи; въ самомъ третейскомъ договорѣ стороны ходатайствовали о выдачѣ судебного декрета на предметъ исполненія третейскаго приговора, и таковой декретъ выдавался иногда даже заранѣе.

²⁾ Rivalta ук. соч. стр. 189 и сл.

³⁾ См. Rivalta ук. соч. стр. 192 и сл.

истинныхъ преемниковъ древняго знанія и заложниковъ новаго, способствовала тому, чтобы придать идеѣ компромисса и третейскаго суда болѣе совершенную форму и устройство, согласующіяся съ существомъ и цѣлью института ¹⁾. Это произошло, вѣроятно, потому, что въ самомъ Римѣ никогда не прекращалось вліяніе того права, отцомъ и учителемъ котораго онъ былъ, а также и отъ того, что Римъ менѣе всѣхъ другихъ городовъ Италіи подвергся насиліямъ варварскаго нашествія.

Компромиссъ и третейскій судъ сдѣлались предметомъ изученія законовѣдовъ и практиковъ при возрожденіи въ Италіи римской судебной практики. О третейскихъ судахъ писали такіе знаменитые юристы, какъ Бульгаро въ *summa de judiciis*, Аккурзій, Танкреді и др. Избраніе городами и отдѣльными общинами знаменитыхъ юристовъ того времени въ третейскіе судьи принесло огромную пользу самому институту.

У приморскаго населенія Италіи для улаженія торговыхъ споровъ въ средніе вѣка существовалъ родъ публичныхъ третейскихъ судей, извѣстныхъ подъ различными именами: *consules maris*, *consules mercatorum* или *praticorum*, *conservatori de'mercanti* ²⁾ и т. п.

¹⁾ Дѣятельности папъ въ области гражданскаго законодательства Морель даетъ нѣсколько иное объясненіе. Въ средніе вѣка церковь, на которую всегда смотрѣли какъ на охранительницу правилъ морали, сочла необходимымъ имѣть надзоръ также и надъ положительными законами. Особенная роль церкви выступаетъ напр. въ борьбѣ съ ростовщичествомъ. Представители церкви, прикрываясь своей ученостью, проповѣдывали, что обычай не долженъ стоять въ противорѣчій съ *jus divinum*. Подобное вмѣшательство происходило изъ желанія расширить свое вліяніе на всѣ стороны гражданской жизни. См. Morel, *Les juridictions commerciales au moyen-âge*, Paris, 1897, стр. 75.

²⁾ Болѣе обстоятельныя свѣдѣнія объ этой эпохѣ и въ частности о *consules mercatorum* см. у Morel, *Les juridictions commerciales au moyen-âge*, Paris 1897, стр. 22 и сл. и Rivalta ук. соч. стр. 211 и сл., а также Goldschmidt, *Handbuch des Handelsrechts*, Stuttgart 1891; Lastig, *Entwickelungswege und Quellen des Handelsrechts*, Stuttgart 1878; Lattes, *Diritto commerciale della legislazione statutaria*, Milano 1884. Латте усматриваетъ тройной характеръ обязанностей, возлагавшихся на *consules mercatorum*, а именно: политическія, административныя и судебныя. Съ точки зрѣнія политической, *consules mercatorum* должны были противодѣйствовать происходившимъ въ то время весьма часто революціямъ и охранять купцовъ отъ незаконныхъ поборовъ. Въ административномъ отношеніи они наблюдали за финансами и имуществомъ купеческихъ корпорацій. Съ точки зрѣнія судебной, они производили слѣдствія о нарушеніи купцами торговыхъ статутовъ и разбирали между ними коммерческія тяжбы.

Эти третейскіе судьи получали публичный характер съ согласія иностраннаго государя, на территоріи котораго они избирались изъ среды соотечественниковъ, временно тамъ пребывавшихъ или основавшихся. Они, однако, не избирались *ad hoc*, а на цѣлый годъ и отъ настоящихъ третейскихъ судей отличались именно этимъ своимъ постоянствомъ.

Самымъ древнимъ сборникомъ, содержащимъ въ себѣ нормы консульскихъ третейскихъ судовъ, былъ знаменитый *Consolato del Mare*; въ этомъ сборникѣ, который оспариваютъ другъ у друга Італія и Испанія, находится все, что могли изобрѣсть для защиты своихъ правъ свободные коммерсанты того времени. Вопросы объ этихъ судахъ изложены въ 35 и 38 главахъ *Il Consolato del Mare* ¹⁾. Первая изъ нихъ содержитъ слѣдующее постановленіе: «консулы, по полученной ими отъ короля милости, имѣютъ право выслушивать представленныя имъ вопросы и споры и разрѣшать ихъ должнымъ образомъ быстро и кратко, безъ излишнихъ судебныхъ формъ, обращая вниманіе только на фактическую истину, рассматривая только суть дѣла, какъ это и должно происходить, согласно правамъ и обычаямъ моря». Главный смыслъ этого третейскаго суда для торговли состоялъ въ доставленіи ей свободы и попеченія о ней, въ которыхъ она нуждалась болѣе, чѣмъ всѣ другія проявленія гражданской жизни. Онъ былъ организованъ такимъ образомъ, что юридическія формальности не ставили никакихъ препятствій его функціонированію и никакое сомнѣніе не отравляло того довѣрія, благодаря которому онъ жилъ и процвѣталъ. Цитированный выше текстъ ясно указываетъ на обѣ эти задачи и разрѣшаетъ ихъ, освобождая консульскій третейскій судъ отъ всякихъ судебныхъ формальностей. Но такъ какъ консулы не всякій разъ избирались сторонами, то могло случиться, что они не пользовались довѣріемъ сторонъ и даже казались имъ подозрительными. Это препятствіе устраняется другимъ мѣстомъ *Consolato del Mare*, предписывающимъ, что «когда одинъ изъ консуловъ становится подозрительнымъ одной сторонѣ и причины этой подозрительности очевидны, въ этомъ случаѣ сторона можетъ выбрать другое лицо изъ среды моряковъ, а если оба консула станутъ подозрительными, то должны быть избраны изъ числа моряковъ два лица, стоящія внѣ подозрѣнія у сторонъ. И всѣ вмѣстѣ они должны рассматривать предложенный споръ».

Коммерческій третейскій судъ былъ институтомъ обычнаго права, и врядъ ли его можно рассматривать, какъ привилегію. Пра-

¹⁾ Изд. въ Венеціи 1737. См. у Rivalta ук. соч. стр. 212.

вители не обращали на него вниманія, потому что, будучи заняты военными дѣлами, они мало удѣляли вниманія мирнымъ занятіямъ, торговлѣ и промысламъ, къ большой выгодѣ для свободы и независимости коммерціи. Поэтому, уложенія морскихъ городовъ Италіи пользовались большимъ уваженіемъ.

Но въ городахъ и гаваняхъ Леванта это право устройства коммерческихъ судовъ пріобрѣло характеръ привилегіи и милости. Тамъ этотъ институтъ основывался уже не на принципахъ обычнаго права, не нуждающихся въ санкціи для существованія, а на принципахъ личныхъ обычаевъ ¹⁾. Дѣйствительно, случалось, что иностранные коммерсанты, не соглашаясь, вслѣдствіе недовѣрія, являться въ суды тѣхъ мѣстъ, гдѣ они находились, получали привилегіи свободно избирать третейскихъ судей безъ вмѣшательства власти и согласно національнымъ обычаямъ. Только, когда, подъ видомъ покровительства торговлѣ, короли вмѣшивались въ ея дѣла, присваивая себѣ право назначенія консуловъ, тогда послѣдніе изъ простыхъ третейскихъ судей и мандатаріевъ коммерческаго класса, изъ котораго они происходили, дѣлались настоящими судьями или спеціальными магистратами, представлявшими собою пославшую ихъ власть. Къ этому пришла находчивость венеціанцевъ, которые въ извѣстномъ своемъ *Capitulare nauticum* (1255 г.) постановили, что, помимо консульскихъ судовъ, вездѣ, гдѣ господствовала Венеція, должны были избираться три лица для улаженія всѣхъ споровъ, возникавшихъ между путешествующими по морю, и чтобы эти судьи дѣйствовали такимъ образомъ, что всякій, вызванный въ судъ, долженъ былъ немедленно отвѣчать и немедленно же выносилось бы рѣшеніе.

Третейскіе суды, примѣняемые въ торговлѣ съ цѣлью быстрого и справедливаго разрѣшенія споровъ между купцами и моряками, значительно способствовали развитію торговли и защитѣ ея противъ недоброжелательства и хищничества властителей. Прежде чѣмъ повѣялъ бы духъ свободы и возникло довѣріе, торговля задохнулась бы при самомъ рожденіи своемъ отъ путъ обыкновенныхъ судебныхъ формъ и отъ суровости дисциплины, господствовавшей въ судахъ, если бы не были установлены судьи для коммерсантовъ, согласно основнымъ принципамъ третейскихъ судовъ. Эта необходимость была понята итальянцами прежде всѣхъ другихъ народовъ и, въ виду господствовавшей свободы, ихъ торговля пришла

¹⁾ См. Rivalta указ. соч. стр. 213.

въ цвѣтущее состояніе, такъ что никакая другая страна въ то время не могла соперничать съ нею.

Б. Франція.

Находясь въ тѣсныхъ торговыхъ сношеніяхъ съ Италіей, средневѣковая Франція въ широкомъ объемѣ заимствовала коммерческія учрежденія послѣдней, въ лицѣ *consules mercatorum*, *consules electi* и пр. Но здѣсь необходимо имѣть въ виду слѣдующую поправку, вводимую Морелемъ ¹⁾. Въ то время, какъ Италія XII вѣка представляетъ изъ себя цѣлый рядъ республикъ, управляемыхъ купцами, во Франціи въ ту же эпоху едва намѣчается союзъ между королевской властью и коммерческой буржуазіей. Поэтому, въ Италіи купецъ подчиняется своимъ коммерческимъ судебнымъ учрежденіямъ въ силу обязательствъ, свободно заключенныхъ съ своими товарищами по профессіи, а во Франціи въ силу закона, по волѣ государя.

Прообразомъ постоянныхъ торговыхъ третейскихъ судовъ является Тулузская биржа. Въ 1549 г. въ Тулузѣ при учрежденіи биржи былъ организованъ особый судъ, состоящій изъ 3 лицъ (пріоръ и 2 консула) и избираемый мѣстнымъ купечествомъ для разбирательства споровъ, возникающихъ изъ биржевыхъ операцій. Въ 1556 году аналогичное учрежденіе возникаетъ и въ Руанѣ ²⁾.

Въ апрѣлѣ мѣсяцѣ 1560 года Францискъ II издаетъ эдиктъ, коимъ предписывается, чтобы коммерческіе споры принудительно разрѣшались тремя или болѣе, если потребуютъ обстоятельства, третейскими судьями.

Если спорящія стороны не могли немедленно придти къ соглашенію относительно выбора лицъ, то мѣстный коронный судья устанавливалъ имъ извѣстный срокъ, а по окончаніи этого срока самъ назначалъ третейскихъ судей, причемъ никакого протеста со стороны истцовъ не допускалось. Эта попытка Франциска II никакого успѣха не имѣла. По объясненію Мореля, принудительный арбитражъ для XVI в. явился еще слишкомъ рано, такъ какъ онъ нарушалъ большее число привилегій, освященныхъ рутиной, и уменьшалъ выгоды массы вліятельныхъ лицъ ³⁾.

¹⁾ Morel, — *Les juridictions commerciales au moyen-âge*, Paris 1897, стр. 210 и сл.

²⁾ Morel указ. сочин. стр. 194 и сл.

³⁾ Morel ук. соч. стр. 195.

Подъ вліяніемъ Кольбера при Людовикѣ XIV былъ изданъ извѣстный Торговый ордонансъ въ мартѣ 1673 г., которымъ совершенно и окончательно учреждался во Франціи принудительный третейскій судъ между коммерсантами. Этимъ ордонансомъ устанавливалось, чтобы каждое торговое товарищество включало въ свой уставъ запись о компромиссѣ, причемъ каждый товарищъ имѣлъ право даже въ тѣхъ случаяхъ, когда запись была пропущена, требовать третейскаго суда, которому другіе должны были подчиниться. Въ противномъ случаѣ вмѣшивалась судебная власть, назначая третейскихъ судей за тѣхъ, кто не дѣлалъ этого добровольно. Если кто-либо изъ третейскихъ судей умиралъ или долго находился въ отсутствіи, то это не могло служить предлогомъ для уклоненія отъ третейскаго суда, и товарищи должны были избрать другихъ арбитровъ; если они этого не дѣлали, или кто-либо изъ третейскихъ судей отказывался, то ихъ снова назначала судебная власть. Точно такъ же, въ случаѣ невозможности придти къ соглашенію, третейскіе судьи избирали суперъ-арбитра, не обращая вниманія на то, желали этого стороны, или нѣтъ. Арбитры должны были судить безъ всякихъ формальностей на основаніи документовъ, переданныхъ имъ сторонами; судебная или консульская власть утверждала приговоръ, не обращая вниманія на то, присутствовали стороны или отсутствовали. Наконецъ, не только для самихъ товарищей, но даже и для вдовъ и наслѣдниковъ ихъ были установлены такія же предписанія и обязательства ¹⁾).

Трудно сказать, возможно-ли болѣе открыто насиловать свободу, хотя бы и съ добрыми намѣреніями. Разъ законодательство вступило на этотъ пагубный путь крайностей, ему уже трудно было остановиться; принудительный третейскій судъ долженъ былъ вытѣснить обыкновенное правосудіе, вызвать зловѣщую реакцію и разстроить конструкцію добровольныхъ третейскихъ судовъ.

В. Германія.

Въ древнихъ источникахъ нѣмецкаго права о третейскихъ судахъ ничего не содержится, что легко объясняется съ одной стороны простотой судебной дѣятельности, соотвѣтствовавшей очень несложной жизни того времени, а съ другой,—препятствіемъ распро-

¹⁾ Ordon. de mars 1673, art 9, 10, 11, 12, 13, и 14. См. у Rivalta ук. соч. стр. 292.

страненію этого института служило невѣжество и суевѣрный обычай суда Божія, призывающаго спорящихъ рѣшать ихъ вопросы оружіемъ, и болѣе всего—система патримоніальнаго правосудія. По древне-германскому обычаю, каждый земельный собственникъ являлся судьей своихъ крестьянъ; право земельной собственности включало въ себя и право суда надъ всѣми тѣми, кто былъ связанъ съ нею. Это мѣшало огромной массѣ лицъ передавать свои споры посредствомъ заключенія компромисса на разсмотрѣніе избранныхъ ими судей. Только свободные имѣли возможность дѣлать это, но, съ распространеніемъ феодализма, такихъ становилось все меньше и меньше.

Только въ XII ст. въ Германіи стали оказывать особое вліяніе на развитіе третейскихъ судовъ *римское* и *каноническое* право, первое—стремленіемъ обезпечить преобладаніе *писанному праву*, а каноническое право—тенденціей дать преимущественное значеніе принципу *справедливости*. Къ этому присоединилось еще древнее германское обычное право, требовавшее разрѣшенія споровъ при содѣйствіи родныхъ, т. е. лицъ того же круга и сословія ¹⁾. Эти три элемента и служили основою развитія третейскаго суда въ германскомъ средневѣковѣѣ.

Несложность оборота и простота господствовавшихъ обычаевъ обусловливали возможность того, что для пригодности даннаго лица къ разрѣшенію возникшихъ споровъ было совершенно достаточно простого здраваго смысла и опытности въ обычныхъ явленіяхъ жизни. Здѣсь требовалось только примѣненіе правовыхъ нормъ, которыя даже среднему человѣку были такъ же доступны, какъ въ настоящее время всѣмъ извѣстны обычаи, соблюдаемые въ определенныхъ торжественныхъ случаяхъ,—свадебные, похоронные и т. п. И не ученый судья легко могъ поэтому находить для каждаго отдѣльнаго случая правильное рѣшеніе, соотвѣтствовавшее практическому обычному праву. Сами тяжущіеся не требовали ничего большаго, ибо въ требованіяхъ, которыя предъявлялись къ правосудію, они довольствовались гораздо меньшимъ, чѣмъ теперь ²⁾.

Съ теченіемъ времени, въ позднѣйшіе средніе вѣка, отношенія усложняются и уже не всякому подѣ силу разбираться въ

¹⁾ Haeger, Schiedsgerichte für Rechtsstreitigkeiten der Handelswelt, стр. 9 и сл.

²⁾ Puchta, Das Institut der Schiedsrichters nach seinem heutigen Gebrauche und seiner Brauchbarkeit für Abkürzung und Verminderung der Prozesse betrachtet, Erlangen, 1823, стр. 30 и сл.

возникающихъ спорныхъ вопросахъ и давать соотвѣтственное ихъ разрѣшеніе. Третейскіе судьи стремятся теперь обойти правовое разрѣшеніе спора и вести процессъ такъ, чтобы тяжущіеся безъ постановки рѣшенія, достигли улаженія спора; другими словами, судьи *ex officio* стремятся достигнуть примиренія сторонъ. Это уже не лица, отправляющія правосудіе, а простые довѣренныя сторонъ; путемъ взаимныхъ уступокъ они сокращаютъ, въ предѣлахъ возможнаго, размѣры претензій, а не поддающійся уже сокращенію остатокъ дѣлятъ, въ результатѣ чего и получается третейское рѣшеніе ¹⁾. Пухта ²⁾ приводитъ примѣръ такого рода третейскаго разбирательства, относящійся къ 1305 году. Третейскимъ судьямъ, изъ коихъ одни жили въ Биллефельдѣ, а другіе въ Герфуртѣ, было поручено придти къ соглашенію относительно спорнаго между ихъ комитентами права и разъѣзжать—повидимому безвозмездно—изъ Герфурта въ Биллефельдъ и обратно до тѣхъ поръ, пока они не достигнутъ справедливаго третейскаго рѣшенія. Эти разъѣзды, конечно, не могли не утомить ихъ и они, естественно, предпочли остановиться на соотвѣтственномъ компромиссѣ.

Культурный прогрессъ и расцвѣтъ торговли и промышленности, обусловившіе возникновеніе новыхъ формъ оборота, положили конецъ этому идиллическому состоянію. Препятствія простоты нравовъ, обычаевъ и потребностей миновала. Для разрѣшенія возникающихъ вопросовъ права былъ уже необходимъ твердый законъ; его не давало германское обычное право, нормы котораго нерѣдко и установить было трудно, но онъ имѣлся наготовѣ въ кодифицированномъ правѣ римскомъ и каноническомъ. Это кодифицированное право вскорѣ заняло господствующее положеніе во всей правовой жизни и, съ тѣмъ вмѣстѣ, въ средѣ лицъ, опытныхъ въ его примѣненіи,—профессіональных юристовъ. Препятствій не ученый третейскій судья, судившій сперва по обычаю, а затѣмъ стремившійся къ примиренію сторонъ, неизбежно приходилъ къ заключенію, что для того, чтобы быть судьей и чтобы рѣшеніе могло удовлетворить тяжущихся, уже недостаточно быть просто честнымъ человѣкомъ, и онъ, естественно, долженъ былъ уступить мѣсто ученому, профессиональному судѣѣ. Къ тому же государство относилось неодобрительно къ третейскому суду, такъ что постепенно онъ былъ

¹⁾ Haeger указ. соч. стр. 12.

²⁾ Puchta ук. соч, стр. 24.

оттѣсненъ на задній планъ ¹⁾. «Совѣстные» судьи еще выслушивались, правда, отъ времени до времени, какъ свѣдущія лица, усиливая, такимъ образомъ, авторитетъ судейскаго рѣшенія своимъ опытомъ и знаніемъ жизни, какъ и своимъ добрымъ именемъ; при случаѣ они принимали на себя и роль посредниковъ, чтобы возстановить нарушенный миръ, что не требовало большихъ умственныхъ усилій. Но, какъ судьи, они потеряли свое значеніе ²⁾.

Профессіональные третейскіе суды сохранили свое значеніе въ одной только области—въ средѣ купечества; коммерсантамъ необходимо было правосудіе, отправляемое довѣренными и свѣдущими лицами безъ стѣснительныхъ для оборота формальностей и безъ значительныхъ расходовъ; автономныя купеческія корпораціи, на примѣръ, организованныя по отдѣльнымъ областямъ (такъ наз. *Markgenossenschaften*), гильдіи, цехи, корпораціи морской торговли сохранили поэтому третейскіе суды въ ихъ старомъ видѣ. Купеческіе третейскіе суды разсматривали подъ предсѣдательствомъ главы организаціи дѣла корпораціи и членовъ ея между собою. Для исполненія рѣшеній они не имѣли непосредственныхъ понудительныхъ средствъ; но это въ достаточной мѣрѣ восполнялось правомъ исключенія изъ корпораціи неповинующихся сочленовъ; при помощи одной этой угрозы въ большинствѣ случаевъ достигалось подчиненіе третейскому рѣшенію. Старая идея третейскаго суда сохранялась здѣсь съ прежнею силою ³⁾.

Г. Англія.

Отсутствіе третейскаго суда въ эпоху феодальной системы въ Англіи было заполнено аналогичнымъ учрежденіемъ *recognitio*, или судъ присяжныхъ въ гражданскихъ дѣлахъ. Цѣлью этого института было по возможности уничтожить судебную волокиту, замѣнивъ ее произнесеннымъ подъ присягою мнѣніемъ людей, желательныхъ сторонамъ, ихъ земляковъ или сосѣдей, близко знако-

¹⁾ Bornhak, *Schiedsvertrag und Schiedsgericht nach gesch. Entwicklung und geltend. Recht* въ *Busch Zeitschr. für deutsch. Civ. Proc.* XXX, стр. 18.

²⁾ Puchta, ук. соч., стр. 33—36.

³⁾ Примѣръ цеховыхъ третейскихъ судовъ въ средніе вѣка даютъ «правила производства дѣлъ по спорамъ между мастерами и подмастерьями», изданныя союзными уполномоченными на съѣздѣ въ Баденѣ въ іюнѣ 1475 г. по инициативѣ мастеровъ кузнечнаго цеха. Ср. *Lindheim*, указ. соч. стр. 14 и *Haeger* указ. соч. стр. 11.

мыхъ съ дѣломъ. Иногда съ лицами, засѣдавшими въ судѣ присяжныхъ, заключались компромиссы ¹⁾).

Но живой коммерческій оборотъ не могъ выносить медленности судопроизводства въ Англіи, крайней его сложности, порождаемой многочисленными подсудностями — низшими, высшими и исключительными, и все это привело къ тому, что институтъ третейскаго суда завоевалъ себѣ подобающее мѣсто въ системѣ законодательства. Этотъ институтъ примѣнялся въ особенности для сведенія счетовъ и другихъ коммерческихъ сдѣлокъ, которыя невозможно было окончить обыкновеннымъ судебнымъ порядкомъ. Уставъ IX и X года царствованія Вильгельма III (гл. 15) регламентируетъ, что всякій коммерсантъ и вообще всякое лицо, желающее окончить споръ, можетъ передать его на рѣшеніе третейскаго судьи и постановить, что компромиссъ долженъ служить исходнымъ пунктомъ при обсужденіи вопроса въ коронномъ судѣ. Согласно тому же уставу, это постановленіе могло быть включено въ самый компромиссъ и коронный судъ вмѣстѣ съ компромиссомъ долженъ былъ объявить рѣшеніе третейскаго судьи окончательнымъ. Если въ послѣдствіи та или другая сторона отказывалась подчиняться приговору, то, согласно англійскому закону, она какъ бы отказывалась отъ подчиненія самому коронному суду, потому что стороны должны были подчиняться рѣшенію избранныхъ ими третейскихъ судей такъ, какъ будто оно было вынесено самимъ короннымъ судомъ. У нихъ не было никакихъ способовъ оспариванія приговора, за исключеніемъ обвиненія третейскихъ судей въ безнравственности или растратѣ. Въ этомъ случаѣ дѣло переходило въ судъ, который былъ бы компетентенъ, если бы стороны не избрали третейскихъ судей. Третейскій приговоръ могъ быть далѣе объявленъ ничтожнымъ, если противорѣчилъ закону или праву, но стороны всегда имѣли право отказаться отъ обжалованія, постановивъ, что приговоръ разрѣшилъ окончательно и вопросъ права. Затѣмъ, были приняты мѣры къ тому, чтобы выполнялись обѣщанія относительно подчиненія приговору третейскаго суда. Прежде обыкновенно обѣщали, устно или письменно, подчиниться приговору третейскаго суда. Съ этою цѣлью предписывалось заключать взаимныя обязательства подчиниться

¹⁾ Glasson, Histoire du droit et des institutions politiques, civiles et judiciaires de l'Angleterre, Paris 1882, т. II, стр. 471 и сл.

суду 2 или нѣсколькихъ третейскихъ судей, спеціально поименованныхъ въ компромиссѣ.

Однако, не слѣдуетъ скрывать, что вслѣдствіе вліянія феодальныхъ традицій, третейскіе суды въ Англіи долгое время были ограничены въ своей компетенціи спорами по личнымъ обязательствамъ, потому что вопросы вещнаго права были изъяты изъ вѣдѣнія третейскихъ судовъ.

Д. Третейскій судъ въ древней Руси.

Древне-русское судопроизводство было совершенно чуждо какому бы то ни было вліянію со стороны римскаго права, а между тѣмъ, форма договорнаго разрѣшенія споровъ путемъ третейскаго суда на Руси была наиболѣе распространенной. Мало того, въ практикѣ третейскихъ судовъ древней Руси много можно найти аналогій съ римскимъ правомъ. Это лишній разъ подтверждаетъ безспорное правило, что у всѣхъ народовъ, въ періодъ господства обычнаго права, судъ частныхъ лицъ предшествовалъ суду общественной власти¹⁾.

Институтъ третейскаго суда имѣлъ особое распространеніе въ республиканскихъ городахъ Новгорода и Пскова, какъ въ наиболѣе юридически развитыхъ общинахъ. Новгородская Судная грамота представляетъ самые яркіе слѣды вольнаго ряда тяжущихся съ одной стороны, а съ другой,—тяжущихся и судей. Отъ явившихся на судъ сторонъ судьи требуютъ, чтобы онѣ цѣловали крестъ на Судной грамотѣ. Это какъ бы компромиссъ, говоритъ Н. Л. Дювернуа²⁾, въ силу котораго стороны хотятъ подчинить себя приговору суда. Всякій шагъ процесса отдѣняется договорнымъ характеромъ до такой степени, что сами судьи и докладчики цѣлуютъ крестъ передъ отправленіемъ правосудія, становясь въ обязательство кончить судъ, какъ бы по договору *rescriptum arbitrii*, которымъ въ судѣ третейскомъ опредѣляется отношеніе третьихъ къ тяжущимся³⁾.

¹⁾ Относительно поразительнаго сходства римскаго института *arbiter in contractibus adjectus* съ индійскимъ законодательствомъ см. указаніе Ривальта на мнѣніе Гиббелина (*Etudes de droit civil des Hindous* т. I). Послѣдній полагаетъ даже, что римляне заимствовали этотъ институтъ изъ индійскаго кодекса *Vrihaspati*. См. Rivalta ук. соч. стр. 132.

²⁾ Н. Л. Дювернуа, *Источники права и судъ въ древней Россіи*, Москва 1869, стр. 335 и сл.

³⁾ Н. Л. Дювернуа указ. соч. стр. 336.

Въ московскомъ государствѣ форма третейскаго суда также была извѣстна, но она уже не имѣла такого распространенія, какъ въ Новгородѣ и Псковѣ. Это объясняется во 1) тѣмъ, что воеводы вообще не терпѣли подлѣ себя самостоятельной дѣятельности общинъ, а во 2)—усиленіемъ законодательства, которое произошло въ XVII вѣкѣ. Судъ пересталъ производиться на основаніи обычая, а потому и въ знатокахъ нормъ обычнаго права не было прежней нужды. Обычай уступилъ мѣсто судебной практикѣ, знатоками коей были дьяки и подъячіе ¹⁾).

Древнѣйшимъ памятникомъ о третейскомъ судѣ, дошедшимъ до насъ, является договорная грамота великаго князя Дм. Ив. Донского съ княземъ Серпуховскимъ Влад. Андр. Храбрымъ отъ 1362 г. ²⁾. Исслѣдователь этого института по русскому праву А. Вицынъ не нашелъ въ источникахъ нашего права болѣе ранняго документа, всецѣло относящагося къ третейскому суду ³⁾. Но путемъ сопоставленія историческихъ данныхъ съ достовѣрностью можно заключить, что этотъ институтъ былъ чуть ли не единственной формой суда до пришествія варяговъ.

Договоровъ о третейскомъ судѣ можно найти порядочное количество въ XV, XVI и XVII столѣтіяхъ, пока наконецъ этотъ институтъ не вошелъ въ составъ общаго законодательства, въ Соборное Уложеніе царя Алексѣя Михайловича ⁴⁾. Уложеніе 1649 г. содержитъ всего одну статью «о Третейскомъ Суду», и она послужила впослѣдствіи основаніемъ Положенія о третейскомъ судѣ, составленномъ въ 1831 году и вошедшемъ въ Сводъ законовъ изданія 1833 года.

¹⁾ О. Дмитріевъ, Исторія судебныхъ инстанцій, Москва 1859, стр. 148.

²⁾ Собр. Гос. грам. и догов., т. I № 27: «А чего ми будетъ искати на твоихъ Боярехъ, или чего искати тобѣ на моихъ Боярехъ, намъ отослати отъ себе по Боярину, тѣ тому учинятъ исправу, а ци о каковѣ дѣлѣ межи себе сопрутся, ѣхати имъ на третій, кого собѣ изберуть, тамо ѣхавъ перемолвятся».

³⁾ Относительно слѣдовъ института третейскаго суда въ Русской Правдѣ см. у А. Вицына,—Третейскій судъ по русскому праву, Москва 1856 г., стр. 5.

⁴⁾ О. Дмитріевъ приводитъ любопытныя соображенія, что первоначально податныя лица не могли избирать третейскихъ судей безъ согласія казенныхъ начальниковъ, такъ какъ это лишало бы послѣднихъ судебныхъ пошлинъ. Но съ XVII вѣка пошлины не составляютъ уже главнаго интереса суда, а потому третейская форма и могла получить освященіе закона и занять мѣсто въ Уложеніи. См. указ. соч., стр. 148.

Договорныя грамоты удѣльныхъ князей даютъ богатый матеріалъ относительно компромиссовъ на случай суда.

Первымъ условіемъ въ этихъ договорахъ обыкновенно ставится, что князья высылаютъ по спорнымъ дѣламъ съ каждой стороны своихъ бояръ. Если бояре не придутъ къ единогласному мнѣнію, то они обязаны избрать себѣ третьяго. Способъ выбора третьяго или предоставляется усмотрѣнію бояръ, или точно регламентируется въ грамотѣ ¹⁾. Нежеланіе избрать третьяго составляетъ обвиненіе той стороны, которая уклоняется отъ такого избранія. Постояннаго количества третейскихъ судей не установлено: избирается одинъ, два, три и т. д.; избирается даже неопредѣленное количество судей, напр., игумень съ братією ²⁾. Относительно качества избираемыхъ судей требуется, чтобы они были вообще «добрыми людьми», и какихъ-либо особыхъ запрещеній или ограниченій по сему предмету въ актахъ не содержится. Способъ избранія третейскихъ судей обусловливался соціальнымъ положеніемъ тяжущихся: люди независимые пользовались правомъ *заряжать* судей, а зависимые люди ихъ испрашивали. Такъ напр. монастырскіе крестьяне испрашиваютъ третьихъ, а игумень монастыря ихъ избираетъ ³⁾.

Въ спорахъ между родственниками нерѣдко избираются духовныя лица ⁴⁾.

Всякое дѣйствіе, которымъ стороны оказали бы помѣху третейскому суду, наказывается штрафомъ равнымъ цѣнѣ иска ⁵⁾.

Первоначально, конечно, форма договора была устная, а затѣмъ она обратилась въ письменную. Обыкновенно этотъ актъ называется записью. По уложенію 1649 запись существенна для силы компромисса. Запись свидѣтельствуется рукоприкладствомъ участниковъ договора и послуховъ. Число свидѣтелей опредѣлялось, по мнѣнію А. Вицына ⁶⁾, цѣнностью иска.

Послѣдствія уклоненія отъ третейскаго суда опредѣлялись такимъ образомъ: для истца—потеря иска, а для отвѣтчика—удовле-

¹⁾ Напримѣръ, третій долженъ быть не изъ чужихъ, а изъ «нашей отчины, изъ великаго княженія», указывается, кто именно долженъ быть третьимъ—митрополитъ, князь и пр. См. Дювернуа указ. соч. стр. 339.

²⁾ Акты Юридич. т. II № 259 договоръ князей Кемскихъ о раздѣлѣ вотчины.

³⁾ Акты Арх. Эксп. т. I № 209. См. Дмитріевъ указ. соч. стр. 150.

⁴⁾ Акты Юрид. № 259.

⁵⁾ См. Дювернуа указ. соч. стр. 341.

⁶⁾ А. Вицынъ указ. соч. стр. 26.

твореніе истца; кромѣ сего, могъ быть установленъ штрафъ въ пользу третейскихъ судей съ уклоняющейся стороны ¹⁾. Тяжущіеся писали на себя кабалы одинъ на имя другого (вѣрчѣи кабалы или данныя на вѣрѣ), предоставляя третейскимъ судьямъ выдать правому на виноватаго ²⁾. А. Вицынъ полагаетъ, что эти мѣры могли имѣть значеніе только въ договорахъ частныхъ лицъ, такъ какъ князь имѣлъ полную возможность уклониться какъ отъ самаго компромисса, такъ и отказаться отъ условленнаго штрафа на случай его неисполненія, но тутъ же приводитъ договорную княжескую грамоту, гдѣ постановлено: «а чьи судьи на третій не поѣдутъ... то правому отнять, а то ему не въ измѣну» ³⁾. Разумѣется, при неустановившейся практикѣ третейскаго суда, едва ли можно говорить о прочныхъ правилахъ тамъ, гдѣ дѣйствуетъ главнымъ образомъ сила и могущество князя. Разборъ дѣла третейскимъ судомъ могъ отсрачиваться, если одна изъ сторонъ не можетъ явиться на судъ къ опредѣленному сроку по уважительнымъ причинамъ, напримѣръ, по случаю войны, отправления служебныхъ обязанностей и пр. ⁴⁾. Уложение 1649 г. постановляетъ назначать въ третейскихъ записяхъ государеву пеню и, кромѣ того, уклоняющаяся сторона должна заплатить безчестье въ пользу третейскихъ судей.

Рѣшеніе третейскихъ судей и по древне-русскому праву только мнѣніе, *sententia*, которое тотчасъ же и объявлялось сторонамъ; оттуда и выраженія: «на кого третій помолвитъ, и третьи ставъ на землѣ молвили» ⁵⁾. Рѣшеніе третейскихъ судей должно быть единогласнымъ и тотчасъ же получало силу окончательнаго рѣшенія. По мнѣнію О. Дмитріева, на рѣшенія третейскихъ судей возможно было приносить апелляцію ⁶⁾. Противъ этого мнѣнія возражаетъ Н. Л. Дювернуа ⁷⁾. Въ данномъ случаѣ слѣдуетъ присоединиться къ мнѣнію Н. Л. Дювернуа, такъ какъ предшествующая практика третейскихъ судовъ несомнѣнно отразилась съ одной стороны въ Уложении 1649 г. ⁸⁾, гдѣ апелляція не допускается, а съ другой стороны о

¹⁾ А. А. Эксп. т. III № 277.

²⁾ Доп. къ Акт. Ист. I № 51, VI.

³⁾ Собр. гос. грам. и док. I № 28. См. у Вицына указ. соч. стр. 29.

⁴⁾ Н. Л. Дювернуа указ. соч. стр. 340.

⁵⁾ Н. Л. Дювернуа стр. 341 и А. Вицынъ стр. 41.

⁶⁾ О. Дмитріевъ стр. 149.

⁷⁾ См. узак. соч. стр. 343.

⁸⁾ Улож. XV, 5: «А будетъ третіе дѣло вершатъ, и правому на виноватаго приговоръ дадутъ оба одинъ, а тотъ на кого очи приговоръ дадутъ, учнетъ на нихъ бити челомъ Государю, что они его не по дѣлу обвинили»

томъ же свидѣтельствуется цѣлый рядъ дошедшихъ до насъ грамотъ ¹⁾).

Иногда приносились государю жалобы, но никакъ не на рѣшенія третьихъ, а на ихъ злоупотребленія, на волокитство дѣла ²⁾. Уложеніе допускало жалобу на третейскихъ судей въ томъ только случаѣ, когда между ними возникало разногласіе, а потому и не могло состояться рѣшеніе, или «который приговоръ будетъ написанъ не дѣломъ». Въ данномъ случаѣ предусматривается кассація приговора.

Въ источникахъ древней Руси находятся указанія относительно существованія выборныхъ торговыхъ судовъ. Древнѣйшимъ торговымъ судомъ является судъ ивановскаго купечества въ Новгородѣ, возникшій въ началѣ XII-го столѣтія. Князь Всеволодъ Мстиславовичъ основалъ въ Новгородѣ церковь Іоанна Предтечи, въ приходѣ коей впослѣдствіи образовалось купеческое общество. Тотъ же князь жалованною грамотою (около 1135 г.) предоставилъ этому обществу право самоуправленія и суда по торговымъ дѣламъ: «и язъ князь великій Всеволодъ, поставилъ есми святому Ивану три старосты отъ житыхъ людей и отъ черныхъ тысяцкаго, а отъ купцовъ два старосты; управливати имъ всякіе дѣла Иванская, и торговая и гостинная, и *судъ торювый*» ³⁾. Такимъ образомъ этотъ судъ состоялъ изъ трехъ членовъ—тысяцкаго (представителя житыхъ и черныхъ людей), и двухъ старостъ—представителей купцовъ ⁴⁾.

Съ развитіемъ сношеній новгородскихъ купцовъ съ нѣмцами, послѣдніе учредили въ Новгородѣ свою гильдію, при которой также существовалъ судъ изъ альдермановъ и засѣдателей. Для рѣшенія споровъ между новгородскими и нѣмецкими гостями по договору Новгорода съ Ганзою при ивановскомъ судѣ былъ учрежденъ смѣс-

и по тому его челобитью у третьихъ дѣла въ приказъ не имать, по тому что онъ тѣхъ третьихъ себѣ самъ излюбилъ, и быти тому дѣлу по тому, какъ третые приговорятъ».

¹⁾ Собр. гос. грам. и догов. I № 27, 28, 35, 36, 45: «а на кого помолвить третей, и виноватый предъ правымъ поклонитця, а взятое отдасть»; «а котораго князя Боярина умолятъ, и тотъ князь то подойметъ» и пр.

²⁾ Доп. къ Акт. Ист. I № 51.

³⁾ Рус. Достопамятн. т. I. стр. 78. Москва 1815.

⁴⁾ И. Д. Бѣляевъ (Лекціи по ист. русск. зак., стр. 139 и сл.) неправильно прочелъ это мѣсто грамоты и насчиталъ составъ суда торговаго изъ шести членовъ. См. разъясненія у Ключевского, — Боярская Дума древней Руси, стр. 545, Москва 1909. Его же, — Курсъ русской исторіи ч. II, стр. 96 и 97 Москва 1908.

ный судъ, изъ русскихъ и нѣмецкихъ представителей—*placita hospitum, inter hospites et Ruthenos, habenda sunt in curia S-ti Iohannis coram duce, Oldermanno, Nogardiensibus et non coram aliquo alio* ¹⁾. Ключевскій затрудняется объяснить, почему здѣсь при тысяцкомъ упомянуть только одинъ староста ²⁾.

Само собою разумѣется, что описанный выборный торговый судъ не можетъ разсматриваться, какъ институтъ третейскаго суда. Онъ приведенъ въ видѣ параллели западно-европейскимъ установленіямъ подобнаго рода.

Новоторговый уставъ 1667 г. вводитъ таможенные суды, въ составъ коихъ входили «по очереди и выбору изъ гостей и изъ лучшихъ торговыхъ людей головы и цѣловальники въ царствующемъ градѣ Москвѣ и въ порубежныхъ городахъ великія Россіи». Эти суды дѣйствовали и въ XVIII ст. вплоть до изданія Таможеннаго Устава въ 1727 году. Въ означенномъ Уставѣ впервые предусматривается, чтобы въ нѣкоторыхъ случаяхъ «купеческіе люди разбирались черезъ посредственниковъ, а буде за какимъ несогласіемъ сами ихъ не выберутъ, чтобы они назначаемы были отъ суда и то дѣло вершили».

¹⁾ Куницынъ, Историч. изображеніе древняго судопроизв. въ Россіи, стр. 145.

²⁾ Ключевскій, Боярская Дума, стр. 545, и Курсъ русской исторіи, ч. II стр. 86, 87, Москва, 1908.

IV.

Положеніе института третейскаго суда въ современныхъ законодательствахъ.

А. Франція.

Институтъ третейскаго суда, какъ всецѣло опирающійся на идею свободы, испытывалъ рѣзкія колебанія въ сторону его уменія или излишняго преувеличенія его значенія. Первое происходило, когда законодатель дѣлалъ какія либо постановленія, уменьшающія значеніе или дѣйствительность третейскихъ судовъ; второе,—когда оказывалось особое благоволеніе этому институту и преувеличивалось его значеніе свыше естественныхъ границъ. И въ первомъ и во второмъ случаѣ грубо нарушались основные принципы третейскаго суда. Въ эту вторую крайность впала Франція, когда, видя недостатки первой системы, поспѣшила избавиться отъ нея путемъ преувеличенія значенія третейскихъ судовъ¹⁾.

Первое національное собраніе подтвердило основной принципъ, заявивъ въ декретѣ отъ 24 августа 1790 г. § 1 ст. 1, что третейскій судъ является «самымъ раціональнымъ средствомъ окончанія споровъ между гражданами» и прибавивъ, что законодатели не должны «дѣлать какихъ либо распоряженій, которыя могли бы уменьшить значеніе и дѣйствительность компромисса». Однако, самъ декретъ въ § 10 ст. 12, изъ любви къ дурно понимаемой свободѣ, нарушилъ самую идею свободы, предписавъ: «если возникаютъ какіе-нибудь споры между мужемъ и женою, отцомъ и сыномъ, дѣдомъ и внукомъ, братьями и сестрами, племянниками и дядьями, или собственниками тѣхъ же степеней, или между опекаемыми и опе-

¹⁾ См. Rivalta указ. соч. стр. 299 и сл.

кунами по вопросамъ, касающимся опеки, то стороны обязаны избрать родственниковъ или, за неимѣніемъ таковыхъ, друзей или сосѣдей въ качествѣ третейскихъ судей, передъ которыми онѣ изложатъ свои споры, и которые, выслушавъ ихъ и получивъ необходимыя свѣдѣнія, вынесутъ мотивированное рѣшеніе» ¹⁾).

Во второй разъ, во Франціи еще болѣе торжественно провозглашается свобода судей, когда она была включена въ знаменитую декларацію правъ человека въ слѣдующихъ выраженіяхъ: «право гражданъ окончательно разрѣшать свои споры посредствомъ третейскаго суда не должно подвергаться никакому посягательству со стороны законодательной власти» (законы 3—14 сент. 1791 г. III гл. 5 ст. 5).

15 февраля 1793 г. Кондорсе представилъ проектъ, въ которомъ предполагалось произвести радикальную реформу гражданского судопроизводства слѣдующимъ образомъ. Мировые судьи останутся, чтобы примирять стороны и выносить рѣшенія по поводу ихъ споровъ въ границахъ компетенціи, предписанной имъ законодателемъ, за исключеніемъ споровъ о правѣ собственности. Всѣ споры, которые не будутъ разсматриваться этими мировыми судьями, должны быть сначала представлены на разсмотрѣніе третейскихъ судей, которые, такимъ образомъ, являются первой судебной инстанціей. Согласно этому проекту, стороны сохраняли право апелляціи въ гражданскій судъ присяжныхъ засѣдателей, учреждаемый въ каждомъ департаментѣ. Кондорсе полагалъ, что общество имѣетъ право требовать такого обращенія къ справедливости и мудрости безпристрастныхъ людей, прежде чѣмъ законы своимъ суровымъ авторитетомъ вмѣшаются въ чисто частныя дѣла.

Вслѣдствіе паденія жирондистовъ 21 мая, проектъ Кондорсе не обсуждался. 10 іюня комитетъ общественнаго спасенія представилъ черезъ Геро-де-Сешелля новый проектъ, который въ слѣдующихъ выраженіяхъ излагалъ устройство принудительнаго третейскаго суда: «въ спорахъ, которые не подлежатъ компетенціи мировыхъ судей, граждане должны обращаться сначала къ третейскимъ судьямъ, избраннымъ ими самими. Что касается возраженій противъ рѣшенія третейскихъ судей, то случаи и способы обжалованія его устанавливаетъ законодательный корпусъ». Противъ обязательнаго третейскаго суда выступилъ

¹⁾ Bellot-Schaub, Loi sur la procédure civile de Genève, стр. 323 и сл.

Робеспьеръ, говоря, что институтъ третейскихъ судей былъ, конечно, прекрасною вещью, но что онъ болѣе подходитъ къ народамъ съ простыми патріархальными нравами, чѣмъ къ намъ. «Относительно каждаго способа, прибавилъ онъ, нужно предоставить свободу, употреблять его или нѣтъ; иначе богатый обратитъ его въ свою пользу противъ бѣднаго. Бѣдный будетъ поставленъ въ необходимость избрать въ качествѣ третейскаго судьи безпристрастнаго человѣка, который былъ бы настолько сострадателенъ, что взялъ бы на себя эту обязанность; слѣдовательно, бѣдный будетъ принужденъ вымаливать себѣ судъ, потому что большая часть людей, привыкшая дорожить своимъ временемъ, безъ сомнѣнія отказалась бы исполнять эту обязанность даромъ. При существующемъ порядкѣ вещей бѣдный, по крайней мѣрѣ, добивается справедливости, не покупая себѣ судей. Нація назначаетъ ихъ для него». Еще болѣе радикальнымъ противникомъ третейскаго суда явился Марать, который, не затрагивая вопроса о свободѣ, прямо объявилъ институтъ третейскихъ судей утопіей¹⁾. Робеспьеру и Марату возражали Пеньеръ и Шабо, которые, въ концѣ концовъ, требовали, чтобы всѣ граждане были обязаны принимать на себя должность третейскаго судьи, и чтобы всякій протестующій противъ ихъ рѣшенія находилъ бы себѣ судъ во второмъ трибуналѣ третейскихъ судей.

Конституція 24 іюля 1793 г. въ ст.ст. 91, 92 и слѣд. предусматриваетъ учрежденіе публичныхъ третейскихъ судей, которые выбираются избирательными собраніями, и число которыхъ должно быть опредѣлено впослѣдствіи законодательнымъ корпусомъ. Эти третейскіе судьи были уполномочены рѣшать публично, безъ всякихъ формальностей, безъ издержекъ и безъ обжалованія, всѣ споры, которые не были разрѣшены частнымъ образомъ или мировыми судьями.

Переходя отъ одной ошибки къ другой, французскіе законодатели не ограничились тѣмъ, что сдѣлали изъ третейскаго суда юрисдикцію вообще съ прерогативами верховенства, но распространили его компетенцію и на вопросы, близко затрагивающіе интересы общества. Декретомъ 11 вандемьера года II (2 окт. 1793 г.) предписывалось, чтобы всѣ дѣла коммуны, имѣющія предметомъ права, обычаи, претензіи, просьбы о возстановленіи права собственности, отнятаго ими отъ феодаловъ, а также всякія другія требованія

¹⁾ Hiver, Histoire critique des institutions judiciaires de la France de 1789 à 1848, стр. 377 и сл., Paris 1851.

по этому поводу, рассматривались бы третейскими судьями. Двумя другими декретами того же года отъ 12 брюмера и 10 фримера (2 и 30 ноября) обязательному третейскому суду были подчинены многіе другіе споры, именно,—всѣ вопросы, которые поднимались вслѣдствіе новаго закона о наслѣдованіи внѣбрачныхъ дѣтей, въ особенности въ тѣхъ случаяхъ, когда послѣ смерти отца или матери не было произведено описи; кромѣ сего, обязательному третейскому суду подлежали всѣ споры между національными зарегистрированными откупами и государственной казной, съ одной стороны, и частными лицами, съ другой. Государственнымъ судамъ абсолютно воспрещалось рассматривать эти споры подъ условіемъ ничтожности ихъ приговоровъ.

Такимъ образомъ, на отправленіе правосудія стали смотрѣть, какъ на простую функцію практическаго разума; всякій разумный человѣкъ почитался совершенно къ тому подготовленнымъ. Полагали, что большая часть правовыхъ споровъ такова, что, по выслушаніи сторонъ и свидѣтелей и рассмотрѣніи документовъ, у всякаго безпристрастнаго человѣка, который вовсе не долженъ быть для этого судьей или ученымъ юристомъ, тотчасъ же создается убѣжденіе въ правотѣ или неправотѣ той или иной стороны. Вопреки всѣмъ обходамъ и возможнымъ уловкамъ сторонъ, всякій ясно усмотритъ, на чьей сторонѣ право. Большинство процессовъ по самой природѣ своей таковы, что всякій разумный ремесленникъ также можетъ постановить рѣшеніе, какъ и ученѣйшій юристъ¹⁾.

Вслѣдствіе ложности пути, на который всталъ законодатель, и этихъ крайностей, которыми искажалась справедливая и гуманная цѣль третейскаго суда, насилывалась природа вещей и стали обнаруживаться пагубныя послѣдствія. Напримѣръ, домашній третейскій судъ, «это учрежденіе, которое напоминало патріархальное правосудіе, простоту и, какъ гордо заявляли, благочестіе первыхъ временъ», стало, вслѣдствіе политическихъ несогласій, самымъ пагубнымъ изъ новшествъ. «Судиться даромъ являлось приманкой; между судьей и стороною происходила торговля; количество споровъ росло безконечно; въ дѣло вмѣшались грязные люди. Крюкотворство и козни ничѣмъ болѣе не обуздывались; страсть судиться овладѣла гражданами и во всѣхъ уголкахъ Франціи происходила юридическая борьба. Не было деревни, не было семьи, для которой

¹⁾ Puchta указ. соч. стр. 31.

не функционировалъ бы свой судъ, свои адвокаты, свои стороны. Засѣданія происходили обыкновенно въ café или корчмахъ. Здѣсь заключали договоры судья, истецъ и отвѣтчикъ, приговоры этихъ судовъ влекли за собою глубочайшую ненависть, злобу, вражду и ужасную месть» ¹⁾. Поэтому со всѣхъ сторонъ слышались жалобы и раздавались голоса, сурово осуждающіе эту неумѣстную, абсурдную систему. Приводились рѣшенія третейскихъ судей, безстыдно нарушающія законы, угрожающія самымъ важнымъ интересамъ ²⁾.

Вскорѣ наступила реакція, но изъ одной крайности впали въ другую. Боаси д'Англе, представляя 5 мессидора III года новую конституцію, такъ выразился относительно того, что было сдѣлано Геро де Сешеллемъ. «Мы считаемъ своимъ долгомъ заявить вамъ, что эта конституція, задуманная честолюбцами, продиктованная тиранніей и принятая терроромъ, есть не что иное, какъ формальное сохраненіе всѣхъ элементовъ безпорядка, орудіе предназначенное для служенія жадности алчныхъ людей, интересамъ людей безпокойныхъ, гордости невѣждъ и честолюбію узурпаторовъ. Мы всѣ единодушно заявляемъ вамъ, что эта конституція есть не что иное какъ организація анархіи» ³⁾.

Вслѣдствіе сего предшествующія предписанія закона были отменены. Въ компетенцію государственныхъ судовъ были возвращены всѣ дѣла, которыя не могли быть отняты отъ нихъ безъ вреда для общественныхъ интересовъ. Было дано право апелляціи и кассациі на рѣшенія принудительныхъ третейскихъ судовъ. Семейные третейскіе суды были уничтожены.

Недовольство третейскими судьями возросло настолько, что совѣтъ пятисотъ въ засѣданіи 28 флореаля V года (17 мая 1798 г.) рѣшилъ уничтожить даже добровольный третейскій судъ, но въ засѣданіи 19 вентоза VII года (9 марта 1799 г.) эта резолюція не была принята. Затѣмъ, конституціоннымъ закономъ 22 фримера VIII г. (13 декабря 1799 г.) было сдѣлано предписаніе мировымъ судьямъ, чтобы они предлагали сторонамъ, которыя не могли при-

¹⁾ Dalloz,—Jurisprudence générale. Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel et administratif, de droit des gens et de droit public; nouvelle édition entièrement refondue et considérablement augmentée, précédée d'un essai sur l'histoire du droit franç. V Arbitrage. См. у Rivalta, стр. 307.

²⁾ Bellot-Schaub. указ. соч. стр. 124.

³⁾ Hiver указ. соч., стр. 388 и сл.

мириться, передать свой споръ на обсужденіе лицъ, пользующихся ихъ довѣріемъ. Наконецъ, новый органическій законъ 27 вентоза того же года (8 марта 1800 г.), счелъ возможнымъ вернуться къ принципу свободы, заявляя, что новой организаціей судовъ вовсе не намѣревались отнять присущее гражданамъ право разрѣшать свои споры посредствомъ обращенія къ частнымъ третейскимъ судьямъ ¹⁾.

Крайности революціи заставили почти совершенно потерять вѣру въ институтъ третейскихъ судей. Это обнаружилось при обсужденіи *Code de procédure civile* 1806 года. Мунье, называя третейскіе суды сатирой на судебное устройство, предлагалъ совершенно уничтожить этотъ институтъ. Предложеніе это хотя и не было принято, но всѣ вотированныя постановленія по сему предмету, «дышали,—говоритъ Белло ²⁾,—ненавистью къ компромиссу и обнаруживали тайное желаніе уничтожить его; каждое постановленіе дѣлалось не примѣнительно къ тому, что обыкновенно происходитъ на практикѣ, но примѣнительно къ болѣе рѣдкимъ случаямъ». Такимъ образомъ, постановленія о компромиссѣ представляютъ собою рядъ отмѣняющихъ оговорокъ, а не строго-логическое развитіе института.

Разсмотрѣніе нѣкоторыхъ, наиболѣе значительныхъ и интересныхъ частныхъ, съ исторической точки зрѣнія, ясно покажетъ упомянутые недостатки ³⁾.

Начавъ съ 1-й главы о компромиссѣ ⁴⁾, законодательное собраніе совсѣмъ не придерживалось принципа свободы и предоставило право заключать компромиссъ только тѣмъ лицамъ, которыя могли располагать спорной вещью (свободно распоряжаться своими правами); за всѣми же остальными это право отрицается.

¹⁾ Dalloz указ. соч. Arbitrage.

²⁾ Bellot указ. соч. стр. 125 и сл.

³⁾ См. подробн. у Carré et Chauveau, *Procédure civ. et admin*, Paris 1880. Догматика современныхъ третейскихъ судовъ во Франціи превосходно разработана у Glasson, *Précis théorique et pratique de procédure civile*, т. 2, стр. 905 и сл. Paris 1908. Позднѣйшая монографія посвящена этому вопросу Р. Rocher, *De l'arbitrage en matière civile*, Paris 1907. Изъ практическихъ руководствъ нѣкоторою популярностью въ дѣловыхъ кругахъ пользуется Н. Ravon, *Traité pratique et juridique de l'arbitrage et de l'expertise avec la jurisprudence*, но значительная часть книги посвящена экспертизѣ. Существуетъ дешевое изданіе А. Charmolu, *La justice gratuite et rapide par l'arbitrage amiable*, Paris 1898.

⁴⁾ Code de procéd. civ. art. 1003.

Не только большой кругъ лицъ былъ отстраненъ отъ права заключать компромиссъ, но и многіе предметы, не имѣющіе никакого отношенія къ публичному праву, были изъяты изъ компетенціи третейскаго суда, какъ это было сдѣлано со всѣми спорами, подлежащими вѣдѣнію прокурорскаго надзора ¹⁾).

Основаніемъ къ такому изъятію послужило заявленіе депутата Малларме, что разъ установлены особыя офіціальныя должностныя лица для разсмотрѣнія опредѣленныхъ споровъ, было бы непоследовательно исключать послѣдніе изъ ихъ компетенціи.

Такъ какъ кругъ лицъ, способныхъ къ заключенію компромисса, и предметовъ, которые могли быть представлены на разсмотрѣніе третейскихъ судей, былъ крайне ограниченъ, то, въ виду особыхъ требованій формы и способа установленія компромисса, третейскій судъ сдѣлался почти невозможнымъ на практикѣ. Исходя изъ неосновательной теоріи, что для избѣжанія злоупотребленій необходимо увеличить формальности, было постановлено, что когда между сторонами не состоялось иного соглашенія, то сами стороны и третейскіе судьи въ отношеніи разбирательства должны соблюдать порядокъ, сроки и формы, установленные для общихъ судебныхъ установленій. По этому сторонамъ и третейскимъ судьямъ вмѣняется въ обязанность соблюденіе всѣхъ формальностей, которыя такъ замедляютъ разборъ дѣла въ государственныхъ судахъ.

«Не будучи еще судьями,—воскликнулъ Малларме,—они должны принять на себя всѣ обязанности, налагаемыя на обыкновенныхъ судей законами».

«Этихъ двухъ предписаній,—писалъ Белло ²⁾),—было бы достаточно самихъ по себѣ, чтобы уничтожить третейскій судъ». Его спасло прибавленіе въ art. 1009, что стороны, тѣмъ не менѣе, имѣютъ право отмѣнять законъ и отказываться отъ суровой системы, примѣняющейся въ общихъ судебныхъ установленіяхъ.

Крайности революціоннаго періода извратили самый институтъ третейскаго суда. Глава о компромиссѣ была вотирована подъ впечатлѣніемъ грустныхъ результатовъ принудительнаго третейскаго суда.

Вступивъ на путь недовѣрія къ разсматриваемому институту, законодатель вводитъ апелляцію на рѣшеніе третейскихъ судей, если стороны не отказались отъ нея при заключеніи третейскаго

¹⁾ Code de procéd civ. art. 1004.

²⁾ Bellot указ. соч., стр. 127.

договора или во время разбирательства спора ¹⁾). Такимъ образомъ, стороны, благодаря умолчанію относительно права апелляціи, могутъ до безконечности тянуть процессъ, пока онъ не будетъ выигранъ какимъ бы то ни было средствомъ наиболѣе настойчивою стороною. Это усугубляется еще и тѣмъ обстоятельствомъ, что art. 1017 и 1018 предусматриваютъ избраніе суперъ-арбитра на случай раздѣленія голосовъ среди третейскихъ судей; суперъ-арбитръ можетъ произносить рѣшенія единолично.

Бельгійское и итальянское законодательства по вопросу о третейскихъ судахъ заимствовали постановленія французскаго *code de procédure civile*.

Торговое законодательство.

16 нивоза IV года (5 января 1798 г.) былъ изданъ законъ, коимъ предписывалось, чтобы при всякомъ спорѣ, возникшемъ до и послѣ распаденія товарищества, стороны обязаны были руководствоваться обычаями даннаго торговаго мѣста и, по требованію одной изъ нихъ, являться на судъ торговыхъ третейскихъ судей. Торговый кодексъ 1807 года сохранилъ вышеупомянутое постановленіе. Главнымъ основаніемъ къ сохраненію института принудительнаго третейскаго суда послужило соображеніе по возможности уменьшить причины несогласій между лицами, связанными узами товарищества.

При обсужденіи *Code de commerce* въ законодательномъ учрежденіи, все же указывалось, что, не давая болѣе простого и быстрого разрѣшенія торговыхъ дѣлъ, принудительный третейскій судъ только внесъ бы замѣшательство въ торговлю и замедлилъ бы торговый оборотъ. Законъ долженъ ограничиться поощреніемъ мировыхъ сдѣлокъ и добровольнаго третейскаго суда. Если хорошіе и честные купцы могутъ съ успѣхомъ пользоваться принудительнымъ третейскимъ судомъ, то зато недобросовѣстнымъ предоставляется возможность злоупотреблять имъ, затягивая споры въ своихъ интересахъ. Представители купечества городовъ Бордо, Брюсселя, Нанси, Ліона и Руана высказывались противъ принудительнаго третейскаго суда.

Въ видѣ возраженія указывалось на трудность найти третейскихъ судей и еще болѣе—добиться отъ нихъ рѣшенія; о бесплодности и бесполезности всякаго принужденія обращаться къ тре-

¹⁾ *Code de procéd. civ.* art 1010.

тейскому суду приводились примѣры, какъ третейскіе суды тянулись цѣлыми годами безъ всякихъ результатовъ. «Принудительный третейскій судъ, говорили коммерсанты города Бордо въ своемъ донесеніи, является давнишней ошибкой, противъ которой насъ предостерегаетъ опытъ и которую слѣдуетъ уничтожить».

Не смотря на всѣ возраженія, принудительный третейскій судъ былъ оставленъ и введенъ въ art. 51 Code de commerce въ слѣдующей редакціи: «всякій споръ, между товарищами по дѣламъ ихъ товарищества долженъ быть разсмотрѣнъ третейскимъ судомъ». Однако, практика французскихъ судовъ не считала это положеніе абсолютно исключаящимъ для коммерсантовъ возможность отказываться отъ обращенія къ коммерческому третейскому суду. Причины, побудившія къ этому были достаточно вѣски и заключались въ томъ, что нельзя лишать членовъ торговаго общества основного и важнаго права, присущаго всѣмъ гражданамъ и состоящаго въ возможности представлять свои споры на рѣшеніе общихъ судовъ. Даже послѣ эдикта 1673 года, какъ и при дѣйствіи закона IV года, а затѣмъ и Code de comm., судами была усвоена практика, что компетенція коммерческихъ третейскихъ судовъ не абсолютна; членамъ торговаго общества не воспрещалось представлять свои споры какъ въ гражданскій, такъ и въ коммерческій суды ¹⁾).

Справедливость требуетъ замѣтить, что во французскомъ Code de comm., принудительный третейскій судъ былъ освобожденъ отъ многихъ изъ тѣхъ сложныхъ и строгихъ формальностей, которыми обставилъ его Code de proc. civ. Стороны передавали свои документы и письменное изложеніе доводовъ безъ всякихъ формальностей. Не требовалось ни удостовѣренія этихъ документовъ, ни копій съ нихъ. Стороны могли ознакомиться съ ними наряду съ арбитрами. Если сторона запоздаетъ съ предъявленіемъ какого либо документа, то ей давался 10-тидневный срокъ для его представленія, или большій — по усмотрѣнію третейскихъ судей. Письменная форма требовалась для того, чтобы точно опредѣлить предметъ спора и дополнить компромиссъ. вмѣстѣ съ тѣмъ, третейскимъ судьямъ давалось право судить по имѣющимся у нихъ даннымъ, не требуя пополненія ихъ ²⁾). Такимъ образомъ, третейскимъ судьямъ предоставлялось право судить, когда они найдутъ это удобнымъ, и они освобождались отъ обычныхъ формальностей и отъ обязательства

¹⁾ Dalloz указ. соч., V Arbitrage гл. 3. См. у Rivalta стр. 338.

²⁾ Cod. Comm. ст. 56—59.

публичности разбора. Этого было достаточно, чтобы нѣсколько оправдать въ теоріи, а также и въ глазахъ общества принудительный третейскій судъ.

Въ 1838 году проектъ закона относительно акціонерныхъ обществъ, представленный въ палату депутатовъ, предлагалъ уничтоженіе принудительнаго третейскаго суда. Этотъ проектъ, исправленный во многихъ отношеніяхъ комиссіей, которой было поручено разсмотрѣть его, не былъ внесенъ на обсужденіе. Восемнадцать лѣтъ спустя, принудительный третейскій судъ былъ уничтоженъ закономъ 17 іюля 1856 года и, такимъ образомъ, была уничтожена одна изъ главнѣйшихъ причинъ, вызывавшихъ столько неудовольствія и обвиненій противъ не только принудительнаго третейскаго суда, но и вообще противъ института третейскихъ судей.

Съ уничтоженіемъ принудительнаго третейскаго суда, Франціи надлежало бы создать для добровольнаго третейскаго суда новыя законоположенія, болѣе свойственныя его характеру, болѣе пригодныя для его цѣли и болѣе соотвѣтствующія его природѣ, но до настоящаго времени не сдѣлано никакихъ шаговъ въ этомъ направленіи.

Единственнымъ нововведеніемъ, достойнымъ упоминанія, было введеніе института *prud'hommes*, или свободно избираемыхъ посредниковъ для улаженія споровъ въ области промышленности, главнымъ образомъ между рабочими и работодателями; но подробное разсмотрѣніе его цѣлей и функцій не относится къ задачамъ настоящаго труда ¹⁾.

Подъ вліяніемъ обычаевъ міровой торговли, главнымъ образомъ со стороны Великобританіи, французскія торговыя организціи стали обращать вниманіе на устройство особыхъ третейскихъ судовъ. Послѣ изданія закона 21 марта 1884 года о такъ называемыхъ профессиональных синдикатахъ (*Syndicats professionnels*), возникло огромное количество торговыхъ синдикатовъ. При парижской биржѣ, напр., дѣйствуютъ свыше 10 синдикатовъ (ассоціація мучного рынка, хлѣба, сахара, спирта, кожъ и т. п.). Каждый синдикатъ имѣетъ свои особые уставы, опредѣляющіе, между прочимъ, спеціальныя, обязательныя для своихъ членовъ правила касательно разрѣшенія возникающихъ споровъ и недоразумѣній по торговымъ сдѣлкамъ путемъ арбитража. Но и эти добровольно установленныя торговые третейскіе суды во Франціи особаго распространенія не имѣютъ.

¹⁾ См. А. Ф. Волковъ, Секретаріаты рабочихъ и палаты труда въ Западной Европѣ. Спб. 1906 г.

Б. Швейцарія.

Французская революція лишила Женеву независимости въ 1798 году и уничтожила ея національные судебные институты. Въ 1806 году былъ введенъ въ дѣйствіе французскій *Code de procédure civile*. Какъ только Женева возвратила себѣ утраченную независимость, кантональный совѣтъ пришелъ къ убѣжденію въ необходимости реформы процессуальныхъ законовъ. Вопросъ этотъ былъ переданъ въ предварительную комисію, между членами которой находился извѣстный профессоръ правъ Белло (*Pierre François Bellot*).

Самымъ важнымъ нововведеніемъ женевскихъ законодателей относительно третейскаго суда было принятіе болѣе простыхъ и скорыхъ формъ производства, согласующихся съ цѣлью института. Французскій *Code de procéd. civ.* требовалъ, какъ это было изложено выше, чтобы стороны и третейскіе судьи соблюдали сроки и формы производства, предписанные для государственныхъ судовъ. Вся цѣнность третейскаго суда уничтожалась именно этимъ постановленіемъ, говорилъ Белло ¹⁾. Вслѣдствіе сего, былъ установленъ слѣдующій способъ производства: стороны должны были представить третейскимъ судьямъ свои документы и письменное изложеніе своихъ доводовъ въ срокъ, установленный ими самими, или третейскими судьями, за отсутствіемъ на этотъ предметъ соглашенія сторонъ. Когда назначенный срокъ истекалъ, третейскіе судьи выносятъ рѣшеніе на основаніи представленныхъ имъ документовъ. Что касается истребованія доказательствъ, допроса свидѣтелей, распоряженія о производствѣ экспертизы, осмотра на мѣстѣ и т. п., то законъ не предписывалъ никакихъ формальностей и никакихъ сроковъ, за исключеніемъ тѣхъ, которые были установлены самими третейскими судьями. Исключеніе допускается только для привода свидѣтеля, эксперта или самихъ сторонъ къ присягѣ, которая, въ виду ея важности, давалась передъ аудиторомъ въ присутствіи третейскихъ судей, съ соблюденіемъ обычныхъ формальностей. ²⁾

Взамѣнъ неудовлетворительной французской системы назначенія суперъ-арбитровъ, было сдѣлано постановленіе о нечетномъ количествѣ судей, въ избраніи коихъ должны участвовать обѣ заинтересованныя стороны. ³⁾ Эти два измѣненія, незначительныя

¹⁾ Bellot указ. сог. стр. 127.

²⁾ Loi sur la procédure civile du canton de Genève art. 346—349.

³⁾ Loi sur la proc. civ. du cant. de Genève art. 339.

по виду, вносятъ существенное улучшеніе въ систему третейскаго суда.

Институтъ третейскаго суда не принесъ во Франціи ожидаемой пользы, между прочимъ и потому, что третейскіе судьи при разсмотрѣніи споровъ должны руководствоваться буквою закона. Белло назвалъ этотъ принципъ разрушеніемъ третейскаго суда, главное достоинство котораго должно состоять не только въ простотѣ и быстротѣ производства, но также и въ предоставленіи судьямъ права подчинять законъ требованіямъ справедливости. Поэтому въ Женевскомъ кодексѣ французская система была отвергнута.

Добровольный третейскій судъ представлялся такимъ мирнымъ, быстрымъ и экономическимъ способомъ оканчивать споры и такимъ удобнымъ средствомъ предупреждать тяжелыя послѣдствія обыкновеннаго судебного процесса, что законодательство кантона Женевы предусматриваетъ въ art. 336 заключеніе компромиссовъ на всѣ будущіе споры, которые могутъ возникнуть изъ даннаго договора.

Институтъ аппелляціи допускается, но лишь тогда, когда стороны спеціально о семъ условились въ компромиссѣ.

Кантонъ Женевы, на ряду съ добровольнымъ третейскимъ судомъ, долгое время сохранялъ для торговаго класса также и принудительный. Этотъ институтъ просуществовалъ здѣсь даже дольше, чѣмъ во Франціи, т. е. до закона 15 іюля 1864, коимъ онъ былъ отмѣненъ по аналогичнымъ съ Франціей мотивамъ.

Что касается прочихъ швейцарскихъ кантоновъ, то слѣдуетъ обратить вниманіе на мѣсто занимаемое этимъ институтомъ въ законодательствѣ. Въ нѣкоторыхъ кантонахъ установленіе третейскихъ судовъ предусматривается въ конституціонныхъ актахъ, именно: въ Цюрихѣ, ст. 58, отд. 2, Люцернѣ § 20; Ури § 32; Швицѣ § 7, ср. также § 74; Обвальденѣ ст. 8; Нидвальденѣ ст. 7; Цугѣ § 6, отд. 2; Аппенцелль Ауссеръ-Роденѣ ст. 30; Иннеръ-Роденѣ ст. 6; С.-Галленѣ ст. 80. Въ прочихъ кантонахъ, въ которыхъ третейскій судъ нормированъ болѣе или менѣе подробно, постановленія о немъ заключаются большей частью въ уставахъ гражданского судопроизводства; только Траубюнденъ включилъ эти постановленія въ гражданское уложеніе.

Въ швейцарскомъ законодательствѣ слѣдуетъ различать два главныя направленія въ вопросѣ о третейскомъ судѣ: а) законы, создавшіеся подъ вліяніемъ французскаго *Code de procédure civile* и б) законы, которые слѣдуютъ нѣмецкой кодификаціи, впрочемъ, съ замѣтнымъ французскимъ вліяніемъ.

Къ группѣ французскаго права принадлежатъ: Женева, Фрейбургъ, Нейенбургъ, Ваадтъ, Валлисъ, Тессинъ и Бернъ. Главными отличительными признаками этой группы является допустимость апелляціи противъ рѣшенія третейскаго суда, хотя и съ нѣкоторыми ограниченіями, ср. Женева, ст. 394; Фрейбургъ, ст. 646, 648; Тессинъ ст. 441; Валлисъ, ст. 633; Нейенбургъ, ст. 510; Бернъ, § 379. Для исполнимости приговора требуется исполнительный приказъ по правиламъ Женевы, ст. 388; Фрейбурга ст. 640—41; Ваадтъ ст. 349; Нейенбургъ, ст. 511. Приговоръ долженъ быть объявленъ въ соотвѣтствующихъ судебныхъ учрежденіяхъ, ср. Женева, ст. 385/86; Фрейбургъ, ст. 637—639; Ваадтъ ст. 348; Нейенбургъ ст. 509.

Нѣмецкая группа не допускаетъ никакой апелляціи; приговоръ является исполнимымъ безъ исполнительнаго приказа. Объявленіе не имѣетъ поэтому тамъ, гдѣ оно требуется (Цюрихъ § 737, отд. 2; Тургау § 281, отд. 2. Шаффгаузенъ § 496), того значенія, какъ по французскому праву. Нѣмецкіе законы въ общемъ, менѣе подробно нормируютъ третейскій судъ, и сторонамъ предоставлено больше свободы¹⁾.

В. Англія.

26 августа 1889 г. въ Англіи былъ изданъ особый законъ о третейскомъ разбирательствѣ—Arbitration Act,—которымъ собраны въ одно цѣлое всѣ постановленія различныхъ англійскихъ законовъ по этому предмету, между прочимъ законовъ и 1873 и 1874 г.г. о спеціальномъ англійскомъ учрежденіи такъ называемыхъ *должностныхъ третейскихъ судей* (official referees). Этотъ актъ внесъ значительное измѣненіе въ существовавшее раньше законодательство и является, главнымъ образомъ, статутомъ, имѣющимъ практическое значеніе. Цѣлью означеннаго акта является созданіе болѣе простаго порядка судопроизводства, который могъ бы примѣняться при всѣхъ соглашеніяхъ о разрѣшеніи споровъ путемъ арбитража.

Главнѣйшія измѣненія, сдѣланныя актомъ 1889 г., являются слѣдующія:

1) соглашеніе о разрѣшеніи спора путемъ арбитража должно быть письменнымъ и можетъ быть уничтожено лишь съ разрѣшенія короннаго суда, если въ самомъ соглашеніи не было выражено другого намѣренія;

¹⁾ Fehr,—Das Schiedsgericht in der Schweizerischen Zivilprozess-Gesetzgebung, стр. 15 и 16, Zürich 1903.

2) передача дѣла на разрѣшеніе арбитража не должна обязательно быть поставлена судебнымъ приговоромъ, но соглашеніе о семъ имѣетъ силу судебного приговора; принудить же передать дѣло на разрѣшеніе арбитража можетъ только коронный судъ;

3) свидѣтели могутъ быть приведены къ явкѣ посредствомъ «sub poena ad testificandum» или «sub poena duces tecum», т. е. принудительно ¹⁾).

Актъ объ арбитраціи 1889 г. содержитъ въ себѣ постановленія, касающіяся третейскаго разбирательства: а) по добровольному соглашенію и б) по опредѣленію суда.

Добровольное соглашеніе о третейскомъ разбирательствѣ настоящихъ или будущихъ споровъ предоставляется всѣмъ лицамъ, имѣющимъ право на заключеніе контрактовъ и, какъ уже выше было сказано, должно быть изложено въ письменной формѣ ²⁾).

Если третейское разбирательство касается документовъ, составленныхъ нотаріальнымъ порядкомъ, то соглашеніе объ арбитражѣ также должно быть нотаріальнымъ.

Всякое лицо можетъ быть избрано арбитромъ, даже заинтересованныя въ дѣлѣ лица, дѣти, сумасшедшіе, замужнія женщины и т. п. Въ тѣхъ случаяхъ, когда арбитръ не является безпристрастнымъ по отношенію къ сторонамъ, то его назначеніе можетъ быть опротестовано.

Предусматривается избраніе суперъ-арбитра во всѣхъ случаяхъ, когда назначены два арбитра. Суперъ-арбитръ можетъ быть избранъ до слушанія дѣла, хотя бы стороны изъявляли соглашеніе на избраніе таковаго лишь въ случаѣ разногласія арбитровъ.

Если одна изъ сторонъ, согласившаяся на третейское разбирательство, подастъ въ общія судебныя учрежденія искъ по тому же дѣлу, которое составляетъ предметъ третейскаго договора, то противная сторона можетъ просить судъ не давать движенія иску до разсмотрѣнія его арбитрами.

Коронный судъ имѣетъ право, въ случаѣ надобности, передавать все дѣло или часть его обратно, на вторичное разсмотрѣніе арбитровъ или суперъ-арбитра.

¹⁾ F. Lynch,—Redress by arbitration; a digest of the relating to arbitrations and awards. См. въ русскомъ изданіи у. А. Ф. Волкова,—Защита правъ въ Англіи путемъ арбитража. СПб. 1907, стр. 7 и 8.

²⁾ Словесное соглашеніе объ арбитражѣ не имѣетъ такого значенія, какъ письменный договоръ, а потому приговоръ по такому роду соглашенія не можетъ быть приведенъ въ исполненіе принудительнымъ образомъ.

Третейское рѣшеніе приводится въ исполненіе короннымъ судомъ въ установленномъ для обыкновенныхъ судебныхъ рѣшеній порядкѣ.

Коронному суду предоставляется право передать все дѣло, или какой либо отдѣльный вопросъ въ немъ, на рѣшеніе спеціального арбитра (*special referee or arbitrator*), относительно выбора котораго согласились стороны, или-же на рѣшеніе должностнаго лица (*official referee* или *officer of the Court*) въ нижеслѣдующихъ случаяхъ: 1) когда спорное дѣло таково, что требуется продолжительное изслѣдованіе документовъ или мѣстный осмотръ, или научная экспертиза, которая, по мнѣнію суда, не можетъ быть произведена въ присутствіи присяжныхъ; 2) когда предметомъ спора вполнѣ или отчасти являются расчеты или счетоводство и 3) когда заинтересованныя въ дѣлѣ стороны изъявили на то свое согласіе.

Въ этихъ случаяхъ назначенные арбитры разсматриваются какъ бы коронными судьями и должны вести разбирательство дѣла, согласно судебному уставу и слѣдовать указаніямъ короннаго суда. Рѣшеніе офиціального или особаго арбитра въ такомъ третейскомъ разбирательствѣ, если не отмѣнено короннымъ судомъ, имѣетъ силу равную съ вердиктомъ присяжныхъ.

Какъ въ добровольномъ третейскомъ судѣ, такъ и по опредѣленію короннаго суда, предусматривается принудительный приводъ свидѣтелей и, кромѣ сего, показанія ихъ могутъ быть сдѣланы подъ присягой.

Въ 1878 г. былъ основанъ союзъ лондонскихъ хлѣботорговцевъ (*London Corn Trade Association*), который получилъ право корпорации въ 1886 г. Одной изъ главныхъ цѣлей этой ассоціаціи было упорядоченіе третейскаго разбирательства и устройство апелляціонной инстанціи въ третейскомъ разбирательствѣ (*final court of appeal*). Установленныя ассоціаціей правила для третейскаго разбирательства приобрѣли всеобщее признаніе и силу не только въ лондонской хлѣбной торговлѣ, но также и въ всемірной хлѣбной торговлѣ, такъ какъ арбитражъ по хлѣбу, который получаетъ континентъ чрезъ посредство Лондона, производится въ Лондонѣ же по этимъ правиламъ. Правила эти, подъ заглавіемъ «*The London Arbitration Rule*», отпечатываются на оборотной сторонѣ всѣхъ контрактовъ. Согласно этимъ правиламъ на рѣшенія третейскихъ судей могутъ быть приносимы апелляціонныя жалобы въ особый апелляціонный комитетъ. Установленный порядокъ производства

третейскаго разбирательства по товарнымъ сдѣлкамъ поставленъ весьма неудовлетворительно. Избранные сторонами третейскіе судьи выступаютъ не въ качествѣ безпристрастныхъ судей, а являются ходатаями своихъ сторонъ и стараются добиться возможно болѣе благопріятнаго для нихъ результата, за что получаютъ извѣстное вознагражденіе. Но даже, если между третейскими судьями такого соглашенія не состоялось, и стороны были вынуждены привлечь суперъ-арбитра, что всегда связано съ болѣе или менѣе значительной потерей времени и расходами, то и въ такомъ случаѣ никакъ нельзя навѣрное рассчитывать на дѣйствительно безпристрастное рѣшеніе. Раздаются всеобщія жалобы на то, что въ Лондонѣ нѣкоторые лица, именно мелкіе маклера, обратили въ особый промыселъ арбитражное дѣло по торговлѣ плывущими хлѣбными грузами въ особенности изъ черноморскихъ портовъ и съ индійскими товарами. Эти профессиональные третейскіе судьи стоятъ въ извѣстной зависимости отъ крупныхъ торговыхъ фирмъ, которыя и доставляютъ имъ большую часть дѣлъ; отсюда жалобы, что въ Лондонѣ вообще невозможенъ арбитражъ противъ извѣстныхъ торговыхъ домовъ. Апелляція въ Committee of Appeal не можетъ служить достаточной защитой противъ этого, потому что, вслѣдствіе большихъ расходовъ, къ ней не могутъ обращаться мелкія и среднія фирмы, а также и значительная часть иностранныхъ экспортеровъ, какъ не имѣющихъ своихъ представителей въ Лондонѣ ¹⁾.

Параллельно этому слѣдуетъ привести мнѣніе объ англійскихъ третейскихъ судахъ, опубликованное въ Archiv für öffentliches Recht ²⁾. «Во всей Англійи, и въ частности въ Лондонѣ, обнаруживается тенденція, принимающая отъ времени до времени характеръ прямой маніи,—замѣнять третейскими судьями коронные суды. Пресса, даже спеціально юридическая, восприняла эту идею и стала такъ перевозносить третейскіе суды, какъ будто бы дѣло шло о вновь открытомъ универсальномъ цѣлебномъ средствѣ. 23 ноября 1892 года начала функціонировать лондонская «Chamber of arbitration»,—событіе, послужившее источникомъ самыхъ широкихъ надеждъ и самыхъ смѣлыхъ ожиданій. Въ маѣ 1893 года новая камера опубликовала отчетъ, отмѣчавшій прежде всего, что дѣятельность камеры про-

¹⁾ Ср. The London Court of Arbitration Rules, London 1908; Memorandum and articles of Association of the London Corn Trade Association, 1906.

²⁾ Т. 12 стр. 476. См. Haeger указ. сочин. стр. 36.

текаетъ настолько незамѣтно для общественнаго мнѣнія, что широкая публика обычнымъ путемъ—черезъ прессу—вовсе о ней не освѣдомлена. А между тѣмъ имѣлось достаточное количество случаевъ испытать на практикѣ значеніе организаціи. Тяжущіеся, обращавшіеся къ камерѣ, съ похвалою отзывались о ея дѣятельности. Разсматривались споры, какъ между англичанами, такъ и англичанами и иностранцами. *Избраніе третейскаго судьи было въ цѣлой половинѣ случаевъ предоставлено состоящему при камерѣ коронному совѣтнику.* За исключеніемъ одного случая, когда дѣло было признано не подлежащимъ разсмотрѣнію камеры, третейскія рѣшенія постановлялись при участіи юридически образованнаго совѣтника. Отъ заявленія иска до устного его разсмотрѣнія проходило въ среднемъ 10 дней, а само словесное разсмотрѣніе дѣла продолжалось въ среднемъ два часа. Средняя стоимость процесса составляла 112 марокъ. Казалось, что камера безспорно удовлетворяетъ дѣйствительной потребности и дѣлались предположенія, что послѣдующія поколѣнія съ удивленіемъ будутъ спрашивать, какъ можно было въ теченіе столь продолжительнаго времени обращаться въ медленный, дорого стоящій коронный судъ съ дѣлами, для коихъ учреждена камера третейскаго разбирательства.

Если въ настоящее время ставятъ вопросъ, что собственно получилось изъ лондонской Chamber of arbitration, то всѣ отзывающіяся незнаніемъ и трудно предвидѣть, до какихъ поръ дѣятельность камеры останется столь мало извѣстной широкой публикѣ. Возникаетъ вопросъ, чѣмъ объясняется это фiasco и вообще крушеніе преувеличенныхъ надеждъ, возлагавшихся въ Англіи на третейскіе суды. Прежде всего упустили изъ виду, что недостаточно упростить процессъ, если въ то же время третейскими судьями не будутъ назначаться лица, освѣдомленные въ томъ правѣ, которое они призваны примѣнять».

Если, такимъ образомъ, идея третейскихъ судовъ не сдѣлала въ Англіи такихъ успѣховъ, какихъ отъ нея ожидали, то объясняется это не тѣмъ, что сама идея была признана несостоятельною, а просто тѣмъ, что третейскими судьями назначались здѣсь недостаточно компетентныя или мало пригодныя для того лица. А это является первымъ условіемъ плодотворнаго развитія третейской юрисдикціи, ибо, при отсутствіи этого условія, само собою исчезаетъ то довѣріе, которое одно только служитъ основою и краеугольнымъ камнемъ самаго существованія третейскаго суда.

Г. Германія.

Германскій уставъ гражданскаго судопроизводства, изданный въ 1877 г., вновь пересмотрѣнный въ 1898 г., по вопросу о третейскихъ судахъ далъ образецъ строгой логичности и законченности этого института и потому онъ можетъ удовлетворять многимъ предъявляемымъ къ нему требованіямъ.¹⁾ Мотивы къ германскому *Zivilprozessordnung* въ отношеніи третейско-судебнаго производства высказываютъ нижеслѣдующее соображеніе. «Взгляды на значеніе третейскихъ судовъ весьма расходятся. Можно согласиться съ ихъ противниками, что только недостатки нынѣшняго гражданскаго судопроизводства должны были вызвать потребность рѣшать правовые споры при помощи третейскихъ судей. Нельзя, однако, ожидать, чтобы съ устраненіемъ этихъ недостатковъ исчезла и самая потребность. Ибо, какъ показываетъ исторія права, потребность въ третейскихъ судахъ существовала при всѣхъ извѣстныхъ донинѣ процессуальныхъ системахъ. Можно, поэтому, съ полнымъ основаніемъ допустить, что она будетъ на лицо и тогда, когда реформа гражданскаго процесса въ Германіи будетъ осуществлена, и поэтому представляется правильнымъ сохранить третейскіе суды и послѣ реформы. Можно, далѣе, признать вмѣстѣ съ противниками третейскихъ судовъ, что суды эти часто не оправдывали возлагавшихся на нихъ надеждъ. Но причину этого явленія слѣдуетъ усматривать не въ третейскомъ судѣ, какъ таковомъ, но въ той неправильной организаціи, кото-

¹⁾ Германская литература объ общихъ третейскихъ судахъ не особенно богата монографіями. Къ новѣйшему періоду относятся: S. Hayum, — *Der Schiedsvertrag*, Tübingen 1892; Mayer, — *Die Vereinbarung schiedsrichterlicher Rechtsstreitsentscheidung nach früherem und jetzigem gemeinen Recht*, Erlangen 1888, Altenrath, *Grundlage und Wirkung des Schiedsspruches*, Berlin 1907; A. Schwarz, *Der Schiedsrichtervertrag (Das Receptum)*, Stuttgart 1910; Bornhak, *Schiedsvertrag und Schiedsgericht nach geschichtlicher Entwicklung und geltendem Recht* въ *Busch Zeitschrift*, т. XXX. Очень много содержится цѣнныхъ указаній въ учебныхъ курсахъ, какъ напр.: Struckmann—Koch, *Die Zivilprozessordnung für das deutsche Reich*, 1901; Schmidt, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, 2 Aufl. 1906; Hellwig, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, 1903. Изъ комментарій слѣдуетъ указать: Petersen—Anger, *Die Zivilprozessordnung für das deutsche Reich*, 4 Aufl. 1901; Gaupp—Stein, *Die Zivilprozessordnung für das deutsche Reich*. 8 u. 9 Aufl. 1908 и другіе, имѣющіе быть указанными въ дальнѣйшемъ изложеніи.

рая выпала на долю третейскаго суда въ законодательствѣ отдѣльныхъ германскихъ государствъ»¹⁾.

Такимъ образомъ задачею при пересмотрѣ процессуальныхъ законовъ было поставлено устраненіе всѣхъ тѣхъ препятствій, какія существовали на пути успѣшнаго развитія третейско-судебнаго института.

Исходя изъ того взгляда, что третейскіе судьи являются какъ бы мандатаріями спорящихъ сторонъ, германскій Z.P.O. устранилъ всѣ излишенія формальности, которыми такъ богатъ французскій Code de procéd. civ..

Для исполненія обязанностей третейскаго судьи не существуетъ какихъ либо ограниченій а priori; согласно духу закона, для того, чтобы быть третейскимъ судьей достаточно пользоваться довѣріемъ сторонъ. Такія лица, какъ малолѣтніе, глухіе, слѣпые и даже лишенные гражданскихъ правъ могутъ быть лишь только отводимы сторонами²⁾.

Законъ предусматриваетъ возможность заключенія словеснаго третейскаго договора³⁾. Договоръ о подчиненіи разбирательству третейскаго суда будущихъ споровъ считается недѣйствительнымъ, кромѣ тѣхъ случаевъ, когда онъ относится къ опредѣленному юридическому отношенію и къ имѣющимъ возникнуть изъ него спорамъ⁴⁾.

Производство предоставлено усмотрѣнію третейскихъ судей: имъ дано право вести разслѣдованіе дѣла такъ, какъ они сочтутъ это удобнымъ, если только стороны не предписали имъ опредѣленныхъ правилъ, согласно своимъ интересамъ. Законъ обязываетъ третейскаго судью выслушать стороны и собрать, насколько счи-

¹⁾ Hahn, Materialien zum. Civ. Proz. Ordn., т. II, стр. 489 и сл.

²⁾ § 1032 Zivilprozessordnung изданія 1898 г.

³⁾ § 1027 Z. P. O. Въ мотивахъ къ этому параграфу (§ 853 по изданію 1877 г.), между прочимъ, сказано: «Code de proc. civ. art. 1005, уставы судопроизводства Баденскій § 1068 и Баварскій § 1319 требуютъ для третейскаго договора письменной формы, необходимость которой признавалась также и въ старомъ прусскомъ правѣ. Проектъ не могъ присоединиться къ этимъ законодательствамъ. Послѣ того, какъ въ Торговомъ Уложеніи постановленіемъ § 317 устранена обязательность письменной формы для торговыхъ договоровъ вообще, требованіе такой формы не могло быть сохранено и по отношенію къ договорамъ о третейскомъ разбирательствѣ, такъ какъ эти договоры часто входятъ лишь простой составной частью въ общій договоръ по какой либо торговой сдѣлкѣ».

⁴⁾ § 1026 Z.P.O.

таютъ они необходимымъ это сдѣлать, всѣ необходимыя и полезныя справки относительно обстоятельствъ возникновенія спора ¹⁾).

Третейскіе судьи могутъ допрашивать лишь тѣхъ свидѣтелей и экспертовъ, которые добровольно къ нимъ явятся, такъ какъ судьи не уполномочены ни на приведеніе къ присягѣ свидѣтелей, ни на принятіе присяги тяжущихся ²⁾. Судебныя дѣйствія, принятіе которыхъ признается третейскими судьями необходимымъ, но на которыя они не уполномочены, могутъ быть исполнены компетентнымъ судомъ по ходатайству одной изъ сторонъ, поскольку ходатайство это будетъ признано уважительнымъ. Судъ, постановившій о допросѣ или приводѣ къ присягѣ эксперта или свидѣтеля принимаетъ и соотвѣтственныя мѣры въ случаѣ отказа ихъ отъ дачи показаній и заключеній ³⁾.

Третейскіе судьи должны заботиться только о томъ, чтобы исполнить свою обязанность въ согласіи со справедливостью и истиной, не обращая вниманія на преюдиціальныя возраженія, дѣлаемыя одной изъ сторонъ по поводу допустимости третейскаго суда, когда, напримѣръ, возражаютъ, что компромиссъ недѣйствителенъ, что разбирался не тотъ вопросъ, который былъ представленъ на разсмотрѣніе третейскихъ судей, что одинъ изъ нихъ не имѣетъ права исполнять свою обязанность. Третейскіе судьи должны вести производство и вынести рѣшеніе, послѣ чего начинаетъ дѣйствовать компетентный судъ ⁴⁾. Наконецъ, относительно приговора законъ постановляетъ, чтобы онъ былъ вынесенъ абсолютнымъ большинствомъ голосовъ, если стороны не дали третейскимъ судьямъ на этотъ счетъ иныхъ указаній ⁵⁾. Законъ ни слова не говоритъ относительно права, которое должно примѣняться при третейскомъ производствѣ; и это умолчаніе въ высшей степени предусмотрительно, такъ какъ, когда стороны отказываются отъ обыкновеннаго суда и передаютъ споръ на рѣшеніе третейскихъ судей, то онѣ болѣе всего полагаются на то, что третейскимъ судьямъ продиктуетъ ихъ совѣсть, справедливость и вѣрная оцѣнка обстоятельствъ. Въ этомъ состоитъ одно изъ главныхъ, если и не самое главное, преимуществъ третейскаго суда.

Третейское рѣшеніе подписывается третейскими судьями, при-

¹⁾ § 1034 Z.P.O.

²⁾ § 1035 Z.P.O.

³⁾ § 1036 Z.P.O.

⁴⁾ § 1037 Z.P.O.

⁵⁾ § 1038 Z.P.O.

чемъ обозначается день его составленія; затѣмъ, въ копіи, подписанной судьями, вручается сторонамъ и, съ приложеніемъ удостовѣренія о таковомъ врученіи, представляется въ канцелярію компетентнаго суда ¹⁾).

Въ этомъ постановленіи нѣтъ той суровости и излишняго формализма, какой наблюдается во французскомъ законѣ.

Третейское рѣшеніе имѣетъ по отношенію къ сторонамъ дѣйствіе судебного рѣшенія, вступившаго въ законную силу ²⁾).

Какъ только приговоръ становится исполнимымъ, онъ можетъ быть оспариваемъ лишь однимъ способомъ, общимъ для всѣхъ договоровъ—просьбою о признаніи ничтожности, вслѣдствіе нарушенія основныхъ формъ. Законъ предусматриваетъ слѣдующіе случаи: 1) если самое разбирательство было недопустимо; 2) если рѣшеніе присуждаетъ которую либо сторону къ такому дѣйствию, которое воспрещено; 3) если которая либо изъ сторонъ не была при разбирательствѣ представлена законнымъ образомъ, поскольку она не выразила положительно или безмолвно своего одобренія имѣвшему мѣсто порядку разбирательства; 4) если которой либо сторонѣ не было предоставлено надлежащей возможности дать при разбирательствѣ свои объясненія; 5) если третейское рѣшеніе не мотивировано, и 6) при наличности условій, при которыхъ, на основаніи п.п. 1—6 § 580, имѣетъ мѣсто ходатайство о возобновленіи дѣла ³⁾).

Приведенныя здѣсь нормы третейско-судебнаго разбирательства служатъ основными положеніями для всѣхъ торговыхъ третейскихъ судовъ Германіи.

Постоянные торювые третейскіе суды въ Германіи.

Въ настоящее время въ Германіи повсюду существуютъ постоянные торювые третейскіе суды, организуемые торювыми палатами, биржами, промышленными союзами и пр. ⁴⁾ Гегеръ насчиты-

¹⁾ § 1039 Z.P.O.

²⁾ § 1040 Z.P.O.

³⁾ § 1041 Z.P.O.

⁴⁾ A. Haffner, Das ständige kaufmännische Schiedsgericht, Berlin 1911; Haeger, Schiedsgerichte für Rechtsstreitigkeiten der Handelswelt, Berlin 1910; Daubenspeck, Die Schiedsgerichte für Regulirung der Bergschäden, Berlin 1883; Haeger, Die Vollstreckung von Urteilen und Schiedssprüchen im internationalen Recshtsverkehr, Berlin 1910; Leist, Schiedssprüche gegen zwingendes Recht, Berlin 1900; Apt, Börsengesetz, Berlin 1909; Berliner Jahrbuch für Handel und Industrie. Bericht der Aeltesten der Kaufmannschaft von Berlin.

ваетъ въ одномъ Берлинѣ 15 постоянныхъ третейскихъ судовъ¹⁾. По сообщенію Гафнера эта цифра далеко не исчерпываетъ всѣ существующіе въ Берлинѣ третейскіе суды. То же самое наблюдается и въ прочихъ городахъ Германіи, а въ особенности въ Маннгеймѣ, Бременѣ, Франкфуртѣ-на-Майнѣ, Гамбургѣ, Магдебургѣ и др. Здѣсь, на ряду съ общими третейскими судами при торговыхъ палатахъ, имѣются постоянные третейскіе суды для торговцевъ сахаромъ, цикоріемъ, хлѣбомъ и пр.

Распространенность третейскихъ судовъ служитъ какъ бы мѣриломъ того, насколько справляются съ своей задачей коронные судьи. Современная хозяйственная жизнь настолько богата и сложна, что никто не станетъ требовать отъ судьи знанія спеціальныхъ отраслей, и уже по одному этому стороны охотно отдаютъ предпочтеніе лицу безъ юридическаго ценза, но знакомому съ дѣломъ, передъ спеціалистомъ юристомъ въ лицѣ короннаго судьи.

Какъ выше уже было сказано, основныя правовыя положенія на которыхъ покоится организація постоянныхъ третейскихъ судовъ заключаются въ 10-й книгѣ Z. P. O. Но постоянный третейскій судъ нѣчто позаимствовалъ отъ короннаго суда и рѣзко отличается во многихъ отношеніяхъ отъ случайнаго третейскаго разбирательства, которое имѣютъ въ виду §§ 1025—1048 Z. P. O.

Наиболѣе характернымъ для постоянныхъ торговыхъ третейскихъ судовъ является то, что они создаются не для рѣшенія отдѣльнаго случая, а предназначаются для непрерывнаго разбора извѣстнаго рода юридическихъ споровъ.

¹⁾ 1) Третейская комиссія старшинъ; 2) третейская комиссія биржевого комитета; 3) третейскій судъ комитета товарной биржи; 4) третейскій судъ постоянной депутаціи торговцевъ яйцами; 5) третейскій судъ постоянной депутаціи для торговли колоніальными и т. п. товарами; 6) третейскій судъ постоянной депутаціи берлинскихъ торговцевъ молочными продуктами; 7) третейскій судъ постоянной депутаціи берлинскихъ лѣсоторговцевъ; 8) третейскій судъ постоянной депутаціи для торговли углемъ и брикетами; 9) третейскій судъ экспертной комиссіи кожевенныхъ промышленниковъ Берлина; 10) третейскій судъ постоянной депутаціи текстильной промышленности; 11) третейскій судъ постоянной депутаціи для торговли химическими продуктами и красками; 12) третейскій судъ постоянной депутаціи металлурговъ; 13) третейскій судъ постоянной депутаціи для страхового дѣла; 14) третейскій судъ постоянной депутаціи кирпичныхъ заводчиковъ и торговцевъ, и 15) третейскій судъ трехчленной комиссіи президіума фондовой биржи. Первые 14 изъ указанныхъ третейскихъ комиссій, по сообщенію «Berliner Jahrbuch für Handel und Industrie», въ 1908 г. разсмотрѣли 1.030 спорныхъ дѣлъ. См. Haeger указ. сочин. стр. 20 и сл.

Торговая палата или общество, учреждая третейскій судъ ставитъ себѣ цѣлью обслуживать интересы торговли или промышленности, а не принимать на себя юридическое обязательство по разрѣшенію всевозможныхъ споровъ ¹⁾. Такимъ образомъ, фактъ учрежденія торговой палатой или биржей третейскаго суда не накладываетъ еще на нихъ обязательства вынести третейское рѣшеніе по всѣмъ тяжбамъ, начатымъ сторонами въ третейскомъ судѣ. И даже въ томъ случаѣ, когда постоянный третейскій судъ принялъ поданную ему жалобу, онъ не связанъ никакимъ обязательствомъ по разрѣшенію иска путемъ третейскаго приговора. По взглядамъ учрежденія, создавшаго третейскій судъ, такъ и по общему понятію о правѣ сторонъ, установившихъ компетенцію постоянныхъ третейскихъ судовъ, послѣдніе даже и въ этой стадіи процесса имѣютъ право въ каждую минуту отклонить разрѣшеніе спорнаго дѣла, не указывая при этомъ мотивовъ подобнаго постановленія. Правило это часто спеціально оговаривается въ уставѣ ²⁾, хотя оно и безъ такой оговорки вытекаетъ изъ самой сущности постоянного третейскаго суда. Если третейскій судъ отклонить отъ себя разрѣшеніе дѣла, то тѣмъ самымъ теряетъ силу договоръ третейскаго разбирательства.

Въ постоянныхъ третейскихъ судахъ мѣсто избираемыхъ сторонами на каждый отдѣльный случай третейскихъ судей, которыхъ однихъ и знаетъ Z. P. O., заступаетъ организованный третейскій судъ. Третейскіе судьи выбираются въ этомъ случаѣ торговой палатой или союзомъ, въ вѣдѣніи которыхъ находится данный третейскій судъ, на болѣе или менѣе продолжительный срокъ. На каждое отдѣльное спорное дѣло, или на каждое засѣданіе они выбираются или установившими ихъ учрежденіями, или же предсѣдателемъ третейскаго суда изъ числа постоянныхъ судей. Въ большинствѣ случаевъ ³⁾ сторонамъ не предоставлено права тре-

¹⁾ Haiffner указ. соч. стр. 2 и сл.

²⁾ По правиламъ Берлинской и Дрезденской биржъ, третейскій судъ всегда можетъ отклонить отъ себя рѣшеніе предложеннаго дѣла. См. подробнѣе у А. Ф. Волкова, Биржевое право, Спб. 1905, стр. 19.

³⁾ Однако, имѣются и такіе постоянные третейскіе суды, гдѣ стороны должны избрать третейскихъ судей по списку постоянныхъ третейскихъ судей. Если одинъ изъ этихъ третейскихъ судей выбудетъ, то соотвѣтствующая сторона должна тѣмъ же путемъ намѣтить новаго судью. Наконецъ, существуютъ и такіе постоянные третейскіе суды, гдѣ третейскими

бовать разбирательства дѣла опредѣленнымъ составомъ третейскихъ судей.

Въ то время, какъ въ случайномъ третейскомъ разбирательствѣ ходъ дѣла регулируется, за исключеніемъ обязательныхъ постановленій 10-й книги Z. P. O., сторонами и третейскими судьями (§ 1034), въ постоянныхъ торговыхъ судахъ этой свободѣ дѣйствій часто ставятся довольно узкіе предѣлы правилами третейскаго разбирательства. Статутъ третейскаго разбирательства, издаваемый самимъ третейскимъ судомъ или создавшей его организаціей, имѣетъ двойственный характеръ. Статутъ этотъ является съ одной стороны служебной инструкціей для третейскихъ судей, съ другой стороны — соглашеніемъ сторонъ относительно образа дѣйствія, котораго долженъ держаться третейскій судъ. Путемъ заключенія договора о третейскомъ разбирательствѣ стороны одновременно устанавливаютъ соглашеніе и по вопросу о примѣненіи процессуальныхъ правилъ извѣстнаго имъ, или, по крайней мѣрѣ, доступнаго для нихъ статута третейскаго разбирательства. Если стороны договариваются о примѣненіи такихъ процессуальныхъ правилъ, которыя отступаютъ отъ статута третейскаго разбирательства, въ такомъ случаѣ третейскій судъ обыкновенно отклоняетъ разрѣшеніе даннаго спорнаго дѣла.

Составъ судей можетъ поэтому измѣняться и во время самого разбирательства, не вызывая этимъ необходимости въ началѣ новаго разбирательства.

Особое положеніе занимаетъ въ большинствѣ случаевъ постоянный третейскій судъ также и въ вопросѣ о правѣ сторонъ отводить третейскихъ судей. Такихъ случаевъ, когда третейскому суду запрещалось бы отправленіе имъ своей обязанности въ силу закона, не имѣется. Z. P. O. (§ 1045) предусматриваетъ отводъ третейскаго судьи по постановленію короннаго суда, но имперскій судъ разъяснил¹⁾, что стороны могутъ передать рѣшеніе этого вопроса и какой-нибудь другой инстанціи, напримѣръ, торговой палатѣ. Поэтому статуты постоянныхъ третейскихъ судовъ часто используютъ указанное право.

Наконецъ, постоянный третейскій судъ отличается отъ слу-

судьями являются во всѣхъ случаяхъ одни и тѣ же лица, когда, напримѣръ, правленіе общества или союза представляетъ собой вмѣстѣ съ тѣмъ и третейскій судъ. См. Haffner указ. соч. стр. 3 и А. Ф. Волковъ, Биржевое право, стр. 24 и сл.

¹⁾ Reichsgericht, т. 53, стр. 389. См. у Haffner'a указ. соч. стр. 4.

чайнаго третейскаго разбирательства еще и самымъ способомъ веденія процесса. А именно, постоянный третейскій судъ предоставляетъ обычно подготовку устнаго разбирательства спеціально назначенному для этого служащему (обычно секретарю), въ обязанности коего входитъ также юридическая консультація. Этотъ служащій по большей части уполномачивается также третейскими судами—молчаливо или особымъ актомъ,—на составленіе и внесеніе въ подлежащее судебное мѣсто ¹⁾ третейскаго приговора..

Отъ воли сторонъ зависитъ создать себѣ вторую инстанцію третейскаго суда (высшій или апелляціонный третейскій судъ) ²⁾. Многія торговыя организаціи вводятъ поэтому въ третейское разбирательство эту инстанцію. Въ этомъ случаѣ не слѣдуетъ лишь передавать на храненіе въ компетентный судъ, согласно § 1039 Z. P. O., третейскаго постановленія первой инстанціи до тѣхъ поръ, пока оно можетъ быть еще оспариваемо, такъ какъ сданный на храненіе съ соблюденіемъ установленныхъ правилъ третейскій приговоръ имѣетъ для сторонъ силу законнаго судебного приговора ³⁾.

До 1904 г. хлѣботорговцы германіи и голландіи при заключеніи сдѣлокъ пользовались лондонскими контрактами (cye terms contract), во-первыхъ, потому, что въ портахъ Россіи и Балканскаго полуострова приняты англійскіе обычаи, и, во-вторыхъ, всѣ операціи, соединенныя съ транспортомъ хлѣба, находились также въ рукахъ англичанъ. Всѣ происходившія недоразумѣнія рѣшались третейскимъ судомъ въ Лондонѣ и притомъ, благодаря неудовлетворительному составу судей, почти всегда не въ пользу континентальныхъ покупателей.

Въ 1902 г. германскій гандельстагъ организовалъ съѣздъ заинтересованныхъ въ хлѣбной торговлѣ лицъ для выработки мѣръ къ независимой постановкѣ нѣмецкой хлѣбной торговли. Этотъ съѣздъ поручилъ обществу берлинскихъ хлѣботорговцевъ выработать проектъ германскаго хлѣбнаго договора (Deutscher Getreidevertrag) ⁴⁾.

¹⁾ Рѣшенія Reichsgericht'a отъ 15 марта 1895 г., 21 марта 1887 года См. Haffner указ. соч. стр. 5.

²⁾ Hayum, Der Schiedsvertrag, Tübingen, 1892, стр. 94.

³⁾ Mayer, Die Vereinbarung schiedsrichterlicher Rechtsstreitsentscheidung nach früherem und jetzigem gemeinen Recht, Erlangen 1888 г., стр. 84 и сл.; Schwarz, Der Schiedsrichtervertrag, Stuttgart 1910, стр. 72, полагаетъ, что возможно допустить апелляцію въ высшій третейскій судъ и послѣ соблюденія требованій § 1039 Z. P. O., но ничѣмъ свое мнѣніе не обосновываетъ.

⁴⁾ А. Ф. Волковъ. Курсъ международной хлѣбной торговли. Спб. 1910

Выработанный контрактъ, послѣ неудавшейся попытки германскихъ хлѣботорговцевъ ввести его въ 1903 г. въ дѣйствіе безъ обсужденія экспортерами, былъ затѣмъ разсмотрѣнъ и принятъ въ Берлинѣ на созванной гандельстагомъ международной конференціи, состоявшейся въ маѣ 1904 г., на каковой конференціи участвовали и представители южно-русскихъ биржевыхъ комитетовъ. Въ 1905 г. въ Берлинѣ состоялась вторая международная конференція для пересмотра контракта съ участіемъ представителей русскихъ прибалтійскихъ биржевыхъ комитетовъ. Засимъ этотъ контрактъ пересматривался на международныхъ конференціяхъ, бывшихъ въ Берлинѣ въ 1906, 1908 и 1909 гг. и въ С.-Петербургѣ въ 1911 г. ¹⁾).

На конференціи 1909 года по вопросу объ организаціи третейскихъ судовъ было, между прочимъ, постановлено, что для установленія единообразной практики третейскихъ судовъ должна быть избрана комиссія при берлинскомъ союзѣ хлѣботорговцевъ, въ составъ которой входитъ русскій представитель отъ совѣта сѣздовъ представителей биржевой торговли и сельскаго хозяйства.

Германо-нидерландскій контрактъ, одобренный на конференціи, бывшей въ С.-Петербургѣ въ 1911 г., содержитъ спеціальнй пунктъ относительно арбитражнаго суда въ слѣдующей редакціи ²⁾).

«Всѣ споры, возникающіе изъ этого договора, въ которомъ не должно содержаться никакихъ печатныхъ добавленій, разрѣшаются арбитражнымъ судомъ. Заявленіе объ арбитражѣ должно быть подано въ арбитражный судъ въ теченіе годичнаго срока по окончаніи срока исполненія контракта, если не былъ обусловленъ болѣе короткій срокъ.

Изъ назначенныхъ арбитровъ, число которыхъ должно быть не менѣе 18, для каждаго спорнаго случая, избираются обѣими сторонами по одному судьѣ и третій судья предсѣдателемъ той организаціи, при которой будетъ производиться разбирательство. Отвѣтчикъ обязанъ въ случаѣ плохого состоянія товара воспользо-ваться своимъ правомъ на избраніе арбитра въ теченіе трехъ дней, по телеграфу, въ другихъ же случаяхъ—въ теченіе 9 дней со дня полученія приглашенія о назначеніи арбитра; въ противномъ случаѣ

¹⁾ А. Л. Рафаловичъ, Международные контракты для хлѣбныхъ сдѣлокъ Россіи съ Германією и Голландією. Спб. 1912 г., стр. 6 и 9.

²⁾ А. Л. Рафаловичъ, указ. соч., стр. 20, 32, 43, 54.

избраніе трехъ арбитровъ производится предсѣдателемъ указанной организаціи.

Арбитры не должны состоять со сторонами въ родствѣ или свойствѣ до 4-й степени или быть заинтересованными въ дѣлѣ.

На арбитражный приговоръ стороны могутъ, въ теченіе семи дней по объявленіи такового, подать апелляцію въ высшій арбитражный судъ. Въ случаѣ приговоровъ о качествѣ товара или объ анализахъ апелляція не допускается.

Высшій арбитражный судъ состоитъ изъ 5 судей, которые должны удовлетворять условіямъ, установленнымъ для членовъ арбитражнаго суда и которые не участвовали въ постановленіи обжалованнаго арбитражнаго приговора.

Порядокъ арбитражнаго судопроизводства опредѣляется установленными на сей предметъ правилами.

Продавецъ и покупатель подчиняются окончательно арбитражному приговору и отказываются отъ обращенія къ общимъ судебнымъ установленіямъ. Этотъ отказъ, однако, не препятствуетъ обращаться къ общимъ судебнымъ установленіямъ съ просьбою вынести приговоръ о приведеніи въ исполненіе арбитражнаго постановленія или съ жалобою на исполненіе арбитражнаго постановленія.

Если мѣсто производства арбитража не обусловлено въ договорѣ, то истецъ имѣетъ право выбора между мѣстностями, имѣющими соотвѣтствующія арбитражныя организаціи ¹⁾».

На основаніи германо-нидерландскаго контракта сдѣлки совершаются между торговцами Германіи и Голландіи съ одной стороны и Россіи, Болгаріи, Даніи, Норвегіи, Румыніи и Швеціи — съ другой стороны.

Такимъ образомъ, благодаря неправильно поставленному арбитражу, Англія мало по малу теряетъ свою гегемонію на міровомъ хлѣбномъ рынкѣ и уступаетъ ее Германіи.

Д. Австрія.

Австрійскій уставъ гражданскаго судопроизводства 1875 г., вновь изданный 1 августа 1895 г., много содержитъ аналогичныхъ

¹⁾ Этотъ пунктъ введенъ въ качествѣ добавочнаго постановленія къ германо-нидерландскимъ контрактамъ №№ 2 и 3 для погрузокъ изъ Балтійскаго, Сѣвернаго и Бѣлаго морей.

постановленій съ германскимъ *Zivilprozessordnung*, но все же имѣеть и существенныя отличія.

Договоръ объ учрежденіи третейскаго суда долженъ быть совершенъ письменно и предусматриваетъ возможность учрежденія третейскаго суда для разрѣшенія споровъ, могущихъ возникнуть въ будущемъ ¹⁾. Если составъ третейскаго суда договоромъ не предусмотрѣнъ, а равно не опредѣлены ни количество судей, ни порядокъ ихъ избранія, то каждая сторона избираетъ по одному третейскому судѣ, а эти послѣдніе сами избираютъ суперъ-арбитра ²⁾; если для выбора суперъ-арбитра соглашеніе не могло состояться, то онъ назначается короннымъ судомъ ³⁾. Должностныя лица судебного вѣдомства не могутъ принимать на себя обязанности третейскаго судьи ⁴⁾. Третейскій судья можетъ быть отводимъ въ тѣхъ же случаяхъ, въ коихъ допускается отводъ короннаго судьи. Сторона можетъ отвести третейскаго судью лишь тогда, когда причина отвода возникла или сдѣлалась извѣстною ей послѣ его избранія ⁵⁾. Устраненіе отъ права избранія въ третейскіе судьи женщинъ, малолѣтнихъ, нѣмыхъ и пр. закономъ не установлено.

Порядокъ производства, насколько таковой не установленъ въ третейскомъ договорѣ сторонъ, опредѣляется третейскими судьями по ихъ усмотрѣнію. Если одна сторона уклонится отъ разбирательства, то дѣло разбирается при одномъ лишь участіи другой стороны ⁶⁾.

Если не состоится требуемаго для постановленія рѣшенія большинства голосовъ и третейскій договоръ не содержитъ по сему предмету какихъ-либо опредѣленій, то стороны могутъ заявить суду или о совершенномъ прекращеніи третейскаго суда или о прекращеніи его лишь въ отношеніи наличнаго спора ⁷⁾.

Подлинное рѣшеніе снабжается отмѣткою о днѣ, когда оно состоялось, должно быть подписано всѣми третейскими судьями и сдается на храненіе лицу, указанному въ третейскомъ договорѣ вмѣстѣ съ удостовѣреніями о выдачѣ сторонамъ копій. При отсутствіи такого указанія, порядокъ храненія опредѣляется третейскими

¹⁾ § 577 Z.P.O.

²⁾ § 580 Z.P.O.

³⁾ § 582 Z.P.O.

⁴⁾ § 578 Z.P.O.

⁵⁾ § 586 Z.P.O.

⁶⁾ § 587 Z.P.O.

⁷⁾ § 591 Z.P.O.

судьями, а если на сей предметъ между судьями произошло разногласіе, то означенные документы сдаются на храненіе нотаріусу того участка, гдѣ третейскій судъ имѣлъ пребываніе.

Рѣшеніе третейскаго суда для сторонъ имѣетъ силу вошедшаго въ законную силу рѣшенія, если только стороны въ третейскомъ договорѣ не условились о допущеніи обжалованія рѣшенія высшей инстанціи третейскаго суда. По требованію стороны, третейскіе судьи удостовѣряютъ на копіи рѣшенія о томъ, что рѣшеніе вступило въ законную силу и подлежитъ исполненію. Такимъ образомъ для приведенія третейскаго рѣшенія въ исполненіе не требуется судебного исполнительнаго приказа.

Рѣшеніе третейскаго суда считается недѣйствительнымъ, когда третейскій судъ превысилъ свои полномочія, или рѣшеніе нарушаетъ обязательныя нормы закона ¹⁾).

Биржевые третейскіе суды.

1-го апрѣля 1875 г. въ Австріи былъ изданъ законъ объ организаціи биржъ, коимъ предусматривалось учрежденіе биржевыхъ судовъ. При пересмотрѣ въ 1895 г. Zivilprozessordnung'a биржевые третейскіе суды съ нѣкоторыми измѣненіями были оставлены. Эти суды являются заключительнымъ звеномъ въ системѣ государственныхъ судебныхъ установленій и занимаютъ совершенно особое положеніе въ отношеніи нормированныхъ въ раздѣлѣ IV Z. P. O. обще-гражданскихъ третейскихъ судовъ ²⁾).

Опредѣленія о биржевыхъ третейскихъ судахъ заключаются въ ст. XIII — XXVII закона о введеніи въ дѣйствіе Z. P. O. Сохранили свою силу прежнія опредѣленія о биржевыхъ третейскихъ судахъ, постановляющія, что для каждой биржи долженъ быть выработанъ особый уставъ, подлежащій утвержденію министерствъ торговли и финансовъ. Уставъ долженъ опредѣлить порядокъ разрѣшенія споровъ, относящихся къ *биржевымъ сдел-*

¹⁾ §§ 592, 593, 594, 595 Z.P.O.

²⁾ Ср. A. Horovitz,—Das Verfahren vor den Börsenschiedsgerichten in Oesterreich, Wien 1896; A. v. Lindheim,—Das Schiedsgericht im modernen Zivilprozesse, Wien 1894; Pollak, System des oesterr. Zivilprozessrechtes, Wien 1903; Otto Müller, Die Kompensation im Verfahren vor den Börsenschiedsgerichten, Wien 1905; Leo Geller,—Die Uebergriffe der Börse-Schiedsgerichte, Wien 1884; Nathan Rechnitz.—Praxis der Wiener Schiedsgerichte; Dr. Joseph Eckstein,—Erkenntnisse des Schiedsgerichtes der Prager Produktenbörse, Prag 1902, 1903; А. Ф. Волковъ,—Биржевое право, т. I Спб. 1905.

камп ¹⁾, т. е. къ сдѣлкамъ, заключеннымъ въ публичномъ помѣщеніи биржи, въ установленное биржевое время относительно такихъ предметовъ оборота, которые обращаются и котируются на соотвѣтственной биржѣ. Если для этой цѣли учрежденъ третейскій судъ, уставъ долженъ въ точности опредѣлить составъ, подсудность и порядокъ дѣлопроизводства этого третейскаго суда, а равно исполненіе его рѣшеній.

Уставъ можетъ въ частности опредѣлить, что споры изъ биржевыхъ сдѣлокъ подлежатъ, поскольку противоположное не установлено *письменнымъ* соглашеніемъ сторонъ, компетенціи третейскаго суда.

Статья XIII лишила биржевые третейскіе суды принадлежавшаго имъ прежде права подвергать ихъ рѣшеніе исполненію. Взамѣнъ того, биржевымъ третейскимъ судамъ предоставлено ²⁾ право расширить ихъ компетенцію въ томъ отношеніи, что имъ могутъ быть подчинены и споры, вытекающіе изъ *товарныхъ* сдѣлокъ, заключенныхъ внѣ биржи ³⁾, но при условіи, чтобы:

1) каждая изъ тяжущихся сторонъ была органомъ публичнаго управленія, или торговымъ товариществомъ, или хозяйственнымъ союзомъ, или членомъ, или посѣтителемъ биржи, или же такимъ лицомъ, которое *въ видѣ промысла* занимается производствомъ, торговлей или переработкой тѣхъ движимыхъ вещей, которыя составляютъ предметъ сдѣлки;

2) сдѣлка, составляющая предметъ спора передъ третейскимъ судомъ, относилась къ товарамъ, могущимъ обращаться на соотвѣтственной биржѣ;

3) обѣ стороны при заключеніи или до ликвидаціи сдѣлки изъявили согласіе подчиниться, путемъ заключенія письменнаго третейскаго договора, рѣшенію третейскаго суда.

Внесенные въ реестръ купцы и члены, или посѣтители биржи подчиняются компетенціи третейскаго суда уже въ силу простого принятія безъ возраженія письменнаго изложенія сдѣлки, въ которомъ заключается условіе, что споры, могущіе возникнуть изъ сдѣлки, подлежатъ компетенціи биржевыхъ третейскихъ судовъ.

¹⁾ § 12 Börsengesetz.

²⁾ Ст. XIV.

³⁾ Въ силу § 55 устава Вѣнской биржи третейскимъ судамъ товарнаго отдѣла подсудны такого рода товарныя сдѣлки, включая и сдѣлки страховыя, фрахтовыя и экспедиціонныя, поскольку эти сдѣлки должны быть разсматриваемы какъ товарныя.

Для иностранцевъ это можетъ быть установлено въ видѣ исключенія ¹⁾).

Для дѣйствительности состава ²⁾ каждого биржевого третейскаго суда необходимо участіе секретаря, имѣющаго право на занятіе судебной должности, назначеннаго, какъ должностное лицо, биржевою палатою и утвержденного въ должности министерствомъ финансовъ по соглашенію съ министерствомъ юстиціи. Секретарь принимаетъ исковыя прошенія, даетъ сторонамъ необходимыя указанія, наблюдаетъ за порядкомъ доставленія тяжущимся копій, документовъ и проч. и ведетъ протоколъ засѣданій третейскаго суда; онъ участвуетъ въ постановленіи рѣшеній суда съ совѣщательнымъ голосомъ и изготавляетъ рѣшенія третейскаго суда ³⁾).

Лица, не принадлежащія къ числу членовъ или посѣтителей биржи ⁴⁾ въ правѣ выбрать своихъ третейскихъ судей изъ списка лицъ, не принадлежащихъ къ биржѣ и выбираемыхъ въ опредѣленномъ отношеніи къ общему числу третейскихъ судей торговыми и ремесленными палатами, сельскохозяйственными совѣтами или обществами ⁵⁾).

Порядокъ производства въ биржевыхъ третейскихъ судахъ опредѣляется уставомъ биржи. Правила, изложенныя въ §§ 587—599 Z. P. O., касающіяся производства передъ третейскими судьями, здѣсь не примѣняются ⁶⁾. Уставъ биржи долженъ заключать въ себѣ опредѣленія о порядкѣ доставленія копій, объ основаніяхъ отвода третейскихъ судей, о порядкѣ окончанія дѣлъ миромъ и проч. ⁷⁾. Засѣданія третейскаго суда публичны. Исключеніе гласности допускается въ случаяхъ, указанныхъ въ §§ 171—174 Z. P. O. Наблюденіе за поряд-

¹⁾ Ст. XIV опредѣляетъ, что если одна изъ сторонъ принадлежитъ къ кругу сельскихъ хозяевъ, то заявленный искъ долженъ быть возвращенъ по ходатайству стороны или ex officio, какъ неподсудный третейскому суду, или когда товарная сдѣлка, составляющая предметъ спора, *явно не соответствуетъ сельскохозяйственному промыслу* соответственной стороны.

²⁾ По закону 4 января 1903 г., третейскіе судьи должны принадлежать къ австрійскому подданству. Передъ вступленіемъ въ должность они приводятся къ присягѣ президентомъ коммерческаго суда въ залѣ биржевыхъ засѣданій.

³⁾ Ст. XV закона о введеніи въ дѣйствіе Z. P. O.

⁴⁾ § 2 п. 2 Börsengesetz.

⁵⁾ Ст. XVI закона о введеніи Z. P. O.

⁶⁾ Ст. XVII зак. о введеніи Z. P. O.

⁷⁾ Ст. XVIII того же закона.

комъ въ засѣданіяхъ суда принадлежитъ предсѣдателю третейскаго суда въ предѣлахъ §§ 197 и 198 Z. P. O., но безъ карательныхъ правъ, указанныхъ въ §§ 199 и 200 того же Z. P. O. 1).

Стороны въ правѣ замѣнять себя при разсмотрѣніи дѣла своими представителями; въ качествѣ представителей сторонъ въ третейскомъ судѣ допускаются лица, внесенныя въ упомянутый выше списокъ третейскихъ судей 2), адвокаты, открытые участники товариществъ, прокуристы, торговые прикащики и другіе служащіе сторонъ, далѣе, члены или посѣтители биржи, наконецъ, назначенные судомъ кураторы и ликвидаторы 3).

Предсѣдатель третейскаго суда и секретарь наблюдаютъ за правильнымъ изготовленіемъ рѣшеній. Заключенныя передъ третейскимъ судомъ мировыя сдѣлки дѣйствительны лишь въ томъ случаѣ, когда онѣ подписаны обѣими сторонами 4).

Третейскій судъ можетъ допрашивать стороны, свидѣтелей, свѣдущихъ лицъ, но *безъ приведенія ихъ къ присягѣ*. Если необходимо допросъ подъ присягою стороны, свидѣтеля или свѣдущаго лица, или, если тяжущійся, свидѣтель или экспертъ отказываются отъ дачи показанія, то приведеніе къ присягѣ производится, по соотвѣтственному ходатайству, общимъ судебнымъ установленіемъ 5).

Рѣшеніе биржевого третейскаго суда можетъ быть обжаловано, какъ ничтожное, въ случаѣ недѣйствительности третейскаго договора 6); третейскій договоръ, въ частности, недѣйствителенъ, если жалобщикъ заключилъ его въ виду состоявшагося между членами союза предпринимателей (картели) соглашенія о томъ, чтобы необходимые для соотвѣтственнаго производства матеріалы, орудія и другія вспомогательныя средства продавались на внутреннемъ рынкѣ лишь подъ условіемъ подчиненія покупателя во всѣхъ могущихъ возникнуть изъ сдѣлки спорахъ биржевому третейскому суду; отказъ отъ осуществленія права жалобы по этому поводу до начала производства дѣла передъ третейскимъ судомъ—недѣйствителенъ. Равнымъ образомъ, рѣшеніе биржевого третейскаго суда ничтожно, если судъ неправильно призналъ себя *компетентнымъ или некомпетентнымъ*;

1) Ст. XIX того же закона.

2) Ст. XVI того же закона.

3) Ст. XX того же закона.

4) Ст. XXI закона о введеніи въ дѣйствіе Z. P. O.

5) Ст. XXII того же закона.

6) Ст. XIV, п. 3 зак. о введеніи въ дѣйствіе.

7) Ср. ст. XIV п. 1 и 2 зак. о введ. въ дѣйствіе.

если онъ принялъ къ разсмотрѣнію искъ, когда составляющая предметъ спора товарная сдѣлка явно не согласуется съ сельскохозяиственнымъ промысломъ соотвѣтственной стороны; если сообщеніе копіи иска послѣдовало не въ установленномъ уставомъ порядкѣ, или если какая либо изъ сторонъ была, вопреки устава, лишена возможности выступить передъ судомъ; если процессъ вело лицо, не имѣющее на то законнаго уполномочія или права; если въ разсмотрѣніи дѣла принялъ участіе судья, отведенный согласно устава; если составъ третейскаго суда не соотвѣтствовалъ требованіямъ закона; наконецъ, если гласность была устранена безъ законнаго основанія ¹⁾).

Жалоба, независимо отъ цѣны иска, подается тому суду первой инстанціи, въ округѣ котораго имѣетъ мѣсто пребываніе третейскій судъ, въ теченіе 14 дневнаго срока со дня сообщенія копіи рѣшенія. Коронный судъ постановляетъ рѣшеніе по выслушаніи сторонъ и, въ случаѣ надобности, предсѣдателя и секретаря третейскаго суда. Подача жалобы не останавливаетъ исполненія рѣшенія третейскаго суда; если, однако, выигравшая въ спорѣ сторона обезпечена совершеніемъ какого либо исполнительнаго дѣйствія или другимъ способомъ, или если въ случаѣ присужденія денежной суммы таковая предоставлена въ депозитъ суда, исполненіе отсрочивается.

Если третейское рѣшеніе нарушаетъ какую либо *принудительную правовую норму*, и, если въ спорахъ, не вытекающихъ изъ биржевыхъ сдѣлокъ, третейскій судъ оставилъ безъ разсмотрѣнія или неправильно разрѣшилъ возраженіе о томъ, что въ основу иска положена сдѣлка на разницу, долженствующая быть разсматриваема какъ договоръ по игрѣ или пари, рѣшеніе третейскаго суда можетъ быть обжаловано, какъ *недѣйствительное*, общему суду, и то, что, въ силу рѣшенія, уже выплачено, можетъ быть потребовано обратно. Жалоба подается въ этомъ случаѣ въ теченіе 30 дневнаго срока со дня сообщенія копіи рѣшенія суду первой инстанціи по мѣсту нахожденія третейскаго суда. Подача жалобы не останавливаетъ исполненія третейскаго рѣшенія, но таковое можетъ быть отсрочено по основаніямъ, аналогичнымъ указаннымъ выше, при обжалованіи рѣшеній ничтожныхъ.

По дѣламъ, касающимся биржевого третейскаго суда, управленіе биржи сносится съ заинтересованными министерствами; министерство юстиціи въ правѣ во всякое время знакомиться, черезъ своихъ уполномоченныхъ, съ дѣлопроизводствомъ третейскаго суда,

¹⁾ Ср. ст. XV, XVI и XIX зак. о введ. въ дѣйствіе.

разсматривать дѣла и повѣрять правильность дѣлопроизводства. Биржевые третейскіе суды обязаны также ежегодно доставлять министерству подробныя статистическія свѣдѣнія о своей дѣятельности.

Опредѣленія о биржевыхъ третейскихъ судахъ въ новыхъ биржевыхъ уставахъ подлежатъ утвержденію названныхъ министерствъ.

Биржевые третейскіе суды являются такимъ образомъ, по выраженію мотивовъ къ закону, особыми образованіями въ области современнаго правосудія, вызванными къ жизни потребностями современнаго дѣлового оборота, но безусловно подчиненными общему правилу, что государство не можетъ допустить такого способа разрѣшенія частно правовыхъ споровъ, который не былъ бы обставленъ всѣми гарантіями безпристрастія и компетентности.

Производству передъ биржевыми третейскими судами и самому отправленію правосудія законъ предоставляетъ, однако, широкую свободу самоопредѣленія, ограниченную лишь точно указанными въ законѣ основаніями ничтожности и недѣйствительности рѣшеній¹⁾, а въ общемъ—тѣмъ основнымъ принципомъ, что третейское рѣшеніе не должно противорѣчить требованіямъ объективнаго (принудительнаго) права.

Въ австрійской юридической литературѣ только что описанный биржевой судъ подвергался всестороннему обсужденію. Защитниками этой формы третейскаго суда являются главнымъ образомъ Линдгеймъ²⁾ (предсѣдатель третейскаго суда при Вѣнской товарной биржѣ) и Горовицъ³⁾ (секретарь комитета сельско-хозяйственной биржи въ Вѣнѣ). Съ сужденіями этихъ лицъ придется неоднократно встрѣчаться при дальнѣйшемъ изложеніи, здѣсь же необходимо нѣсколько остановиться на мнѣніи Лео Геллера.

Въ противоположность мнѣнію Линдгейма, что биржевой третейскій судъ есть чуть ли не изобрѣтеніе культурныхъ требо-

¹⁾ Уставъ вѣнской биржи для сельскохозяств. продуктовъ включаетъ въ инструкцію о третейскихъ судахъ (§ 85) слѣдующій, принятый всѣми третейскими судами австрійскихъ биржъ, принципъ, а именно: порядокъ производства передъ третейскимъ судомъ опредѣляется, по его свободному усмотрѣнію, поскольку соотвѣтственныя опредѣленія не даны уставомъ.

²⁾ Lindheim, Das Schiedsgericht im modernen Zivilprozesse, 3 Auf. Wien 1894.

³⁾ Horowitz, Das Verfahren vor den Börsenschiedsgerichten in Oesterreich, Wien 1896.

ваній новѣйшаго времени, Лео Геллеръ ¹⁾ основательно замѣчаетъ, что современный биржевой третейскій судъ въ Австріи представляетъ удивительное сходство съ древне-римскими судебными учрежденіями и живо напоминаетъ давнымъ давно забытые порядки. Не только слово «третейскій судья» имѣетъ то же значеніе, что и римское «arbiter», въ противоположность «judex», но здѣсь можно найти нѣчто похожее на *album judicum* ²⁾ римлянъ, а способъ назначенія третейскаго суда для каждаго спорнаго дѣла въ отдѣльности вызываетъ представленіе о порядкѣ производства *in jure* въ противоположность производству *in judicio* со всѣми его особенностями.

Ни при одной биржѣ въ Австріи не существуетъ «постояннаго» суда, говоритъ Геллеръ, который былъ бы назначенъ или навсегда, или на извѣстный періодъ времени для разбора подсудныхъ ему дѣлъ и функционировалъ бы непрерывно. То, что называютъ биржевымъ третейскимъ судомъ, или даже «постояннымъ» третейскимъ судомъ, не что иное, какъ учрежденіе, которое дѣлаетъ возможнымъ назначеніе третейскаго суда при возникновеніи спорныхъ вопросовъ. «Постояннаго» же третейскаго суда для споровъ *in abstracto*, т. е. для споровъ еще только могущихъ возникнуть въ будущемъ, не существуетъ. Однако, приняты мѣры, чтобы для каждаго возникающаго спорнаго вопроса могъ быть назначенъ судъ *ad hoc*, прекращающій свое существованіе немедленно по разрѣшеніи предложеннаго ему казуса. Мѣры эти заключаются въ томъ, что члены биржи выбираютъ на извѣстный періодъ времени опредѣленное число лицъ, изъ среды которыхъ, какъ изъ *album judicum* римлянъ, выбираются или назначаются судьи для каждаго отдѣльнаго случая. Это опредѣленное число лицъ, выбранныхъ на должность третейскихъ судей, составляетъ на биржахъ совершенно самостоятельную коллегію третейскихъ судей.

Если отвѣтчикъ не выбираетъ судей въ данный ему для сего срокъ, то онъ утрачиваетъ право на избраніе ихъ и они назначаются предсѣдателемъ коллегіи третейскихъ судей.

Предоставленіе биржевымъ судамъ права рѣшать спорные вопросы не есть результатъ соглашенія сторонъ, но результатъ постановленій закона и биржевого устава. Биржевой третейскій судъ

¹⁾ L. Geller, Die Uebergriffe der Börse-Schiedsgerichte, Wien 1884, стр. 8—14. Необходимо здѣсь же оговориться, что Геллеръ не всегда дѣлаетъ вѣрные выводы. Объ этомъ подробнѣе будетъ указано въ послѣдующемъ изложеніи.

²⁾ См. разсужденія на эту тему у Линдгейма въ указ. соч. стр. 41 и сл.

назначается сторонами или другими лицами, передъ нимъ излагается дѣло и рѣшеніе его приводится въ исполненіе не въ силу соглашенія сторонъ, но въ виду категорическаго постановленія биржевого устава, согласно которому споры возникающіе изъ биржевыхъ сдѣлокъ рѣшаются третейскимъ судомъ, назначеннымъ изъ среды лицъ, выбранныхъ для этой цѣли. Точно также и третейскіе судьи уполномочены рѣшать предлагаемыя имъ спорныя дѣла не въ силу полученнаго отъ сторонъ и принятаго порученія т. е. *rescriptum arbitrii*, а на основаніи постановленій закона и биржевого устава, причемъ они не въ правѣ даже отклонить павшій на нихъ выборъ и представленныя имъ тѣмъ самымъ судебныя полномочія. Такимъ образомъ, здѣсь имѣются на лицо обязательныя третейскіе судьи, призванные *ex jure* къ рѣшенію дѣла, юрисдикціи которыхъ подчинены стороны и рѣшеніе которыхъ именно вслѣдствіе этого, т. е. *sua vi ac potestate*, связываетъ стороны, въ отличіе отъ третейскихъ судовъ по соглашенію, не пользующихся никакой властью надъ сторонами, выполняющихъ, напротивъ, только полученное отъ нихъ порученіе, причемъ рѣшеніе этихъ судовъ связываетъ стороны не само по себѣ, но только силой, которую сами стороны имъ предоставили, т. е. взаимнымъ ихъ соглашеніемъ признавать рѣшеніе суда окончательнымъ.

Вмѣшательству биржевого третейскаго суда въ споръ не предшествуетъ ни соглашеніе сторонъ между собой, ни соглашеніе ихъ съ третейскими судьями. Назначенный выборомъ сторонъ, или же частью избранный истцомъ, частью назначенный предсѣдателемъ биржи, третейскій судъ не получаетъ никакихъ полномочій отъ сторонъ, но выполняетъ служебную функцію, къ которой онъ призванъ биржевымъ уставомъ. Судъ этотъ приступаетъ къ дѣлу только вслѣдствіе заявленной истцомъ претензіи и прекращаетъ свою дѣятельность, какъ только исковое прошеніе взято обратно. Стороны подчиняются его юрисдикціи и онъ можетъ, поэтому, требовать отъ нихъ повиновенія принятымъ имъ въ предѣлахъ его юрисдикціи мѣрамъ, а также примѣнять къ нимъ наказанія въ случаѣ неисполненія его предписаній. Это, другими словами, назначенный не сторонами, но властью стоящей надъ ними, и снабженный внѣшнимъ авторитетомъ судъ — обязательный третейскій судъ, который занимаетъ по отношенію къ сторонамъ такое же положеніе, какъ и коронный судъ и называется третейскимъ судомъ лишь потому, что ему при рѣшеніи спорнаго дѣла, какъ древне-римскому *arbiter*’у, предоставлена большая свобода,

чѣмъ общимъ судамъ, обязаннымъ руководиться нормами *stricti juris* ¹⁾).

Е. Россія.

Начало и середина истекшаго XIX вѣка въ особенности были богаты установленіями такъ называемыхъ третейскихъ судовъ узаконенныхъ, т. е., когда правительство предписываетъ тяжущимся обращаться не къ судамъ государственнымъ, а къ посредничеству частныхъ лицъ. А. Вицынъ въ своемъ изслѣдованіи раздѣляетъ узаконенные третейскіе суды на три категоріи, а именно: 1) по отношенію къ мѣстностямъ, напр., уставъ 1827 г. для управленія нагайцевъ и другихъ магометанъ, кочующихъ въ Кавказской области; 2) по соображенію рода дѣлъ, напр., при учрежденіи страховыхъ компаній предписывалось разбирательство третейскимъ судомъ споровъ, возникающихъ по дѣламъ обществъ и компаній, и 3) по отношенію къ сословіямъ. Всѣ эти узаконенія подробно перечислены въ трудѣ А. Вицына ²⁾).

Въ 1831 г. было Высочайше утверждено положеніе о третейскомъ судѣ, какъ общій законъ объ этомъ учрежденіи съ отмѣною почти всѣхъ особенныхъ о немъ прежнихъ узаконеній. Статья Соборнаго Уложенія «о Третейскомъ Суду» была положена въ основаніе добровольнаго третейскаго суда, а таможенный уставъ Императора Петра II—узаконеннаго третейскаго суда ³⁾. Это положеніе входило въ сводъ законовъ изданія 1833, 1842 и 1857 гг.

По положенію 1831 г. узаконенный третейскій судъ предназначался для разбора споровъ между членами товарищества и вообще споровъ по дѣламъ компаніи на акціяхъ, какъ между самими акціонерами, такъ и между компаніями и лицами посторонними. Узаконенному третейскому суду предписывалось руководствоваться въ производствѣ дѣла правилами и обычаями, въ общей торговой практикѣ принятыми. Тяжущимся предоставлено было по обоюдному соглашенію опредѣлять въ формальной записи, по какому началу должны посредники разбирать дѣло. Въ случаѣ разногласія, оно разбиралось на основаніи закона. На узаконенный третейскій судъ допускалась апелляція, которая подавалась во вторую инстан-

¹⁾ L. Geller, Die Uebergriffe der Börse-Schiedsgerichte, стр. 13.

²⁾ А. Вицынъ,—Третейскій судъ по русскому праву, стр. 9 и сл.

³⁾ А. Вицынъ дѣлаетъ предположеніе, что Таможенный Уставъ 1727 г. заимствованъ изъ какого нибудь иностраннаго законодательства. См. указ. соч. стр. 62.

цію суда. Въ случаѣ уклоненія сторонъ отъ выбора посредниковъ, обязанность ихъ назначенія возлагалась на судебныя мѣста, которыя назначали также и суперъ-арбитра, если посредники не придутъ къ соглашенію о выборѣ такого лица. Если посредники не рѣшаютъ дѣло ни въ первый, ни въ дополнительный срокъ, то судебное мѣсто принимало по отношенію къ нимъ тѣ же мѣры понужденія и взысканія, какія на этотъ случай предписываются закономъ по отношенію къ общимъ судебнымъ мѣстамъ.

По свидѣтельству А. Вицына, къ добровольному третейскому суду никто не обращался. Узаконенный же третейскій судъ былъ невыносимой тяжестью не только для сторонъ, но нерѣдко и для судей. Обыкновенно въ посредники назначались канцелярскіе чиновники правительственнаго суда и они не могли отказаться отъ этой повинности. Законъ освобождалъ отъ обязанностей судьи въ случаяхъ: 1) тяжелой болѣзни, 2) по доказанной необходимости отлучиться и 3) вслѣдствіе занятій на государственной или общественной службѣ; но на практикѣ оставлялись безъ вниманія заявленія назначаемыхъ судей, что они не имѣютъ времени заняться чужими дѣлами, обременены своею работою и т. п., какъ пустыя отговорки ¹⁾.

Въ концѣ-концовъ узаконенный третейскій судъ выродился въ средство тяжелой и безконечной волокиты ²⁾.

Судебная реформа 1864 г. отмѣнила узаконенный судъ и въ уставѣ гражданского судопроизводства сохранила только добровольный третейскій судъ ³⁾.

Въ законодательныхъ къ судебнымъ уставамъ мотивахъ выражено, что «право избирать посредниковъ для рѣшенія спорныхъ дѣлъ принадлежитъ къ естественнымъ правамъ, провозглашаемымъ во всѣхъ законодательствахъ. Весьма понятно, что, если человѣкъ, пользующійся гражданскими правами, можетъ располагать произвольно своимъ имуществомъ, то онъ, тѣмъ болѣе, имѣетъ право избрать посредника для разрѣшенія спорнаго вопроса о принадлеж-

¹⁾ А. Вицынъ указ. соч. стр. 73 и 74.

²⁾ Потѣхинъ, Отрывки изъ воспоминаній адвоката. Журн. «Право» за 1900 г. №№ 47 и 48.

³⁾ А. Х. Гольмстенъ,—Учебникъ русскаго гражданского судопроизводства, Спб. 1899 г.; И. Е. Энгельманъ,—Учебникъ русскаго гражданского судопроизводства, Юрьевъ 1904 г.; К. Анненковъ,—Опытъ комментарія къ уставу гражданского судопроизводства, т. VI, Спб. 1887 г.; Исаченко,—Русское гражданское судопроизводство, Минскъ 1901 г.; В. Гордонъ,—Уставъ Гражданскаго Судопроизводства съ позднѣйшими узаконеніями, законодательными мотивами и разъясненіями Правит. Сената.

ности сего имущества, и потому въ законахъ слѣдовало бы только означить сіе право и установить порядокъ, коимъ третейскій судъ долженъ руководствоваться, дабы его рѣшеніе получило всю силу приговора судебного мѣста, правительствомъ учрежденнаго, но отнюдь не подчинять сего суда всѣмъ строгимъ формамъ, которыя могутъ быть необходимы, или, по крайней мѣрѣ, полезны въ общихъ судебныхъ мѣстахъ».

Выставивъ этотъ прекрасный принципъ, составители устава гражданского судопроизводства все же допустили цѣлый рядъ стѣснительныхъ формальностей, препятствующихъ широкому пользованію институтомъ третейскаго суда.

Прежде всего, согласіе сторонъ на разборъ дѣла третейскимъ судомъ должно быть выражено въ третейской записи, подписанной сторонами и третейскими судьями и завѣренной нотаріусомъ или мировымъ судьей. Въ третейской записи должны быть обозначены: имена тяжущихся и посредниковъ и предметъ спора; участвующія въ записи лица могутъ опредѣлять также и условія третейскаго разбирательства, обезпеченіе иска и пр. ¹⁾ По разъясненію кассационнаго департамента Правительствующаго Сената, третейская запись, неудовлетворяющая установленной закономъ формы, а равно и послѣдовавшее на основаніи такой записи рѣшеніе «медиаторовъ», необязательно для участвовавшихъ въ ней лицъ ²⁾. Это одно изъ существенныхъ стѣсненій для лицъ, желающихъ обратиться къ посредничеству третейскаго суда. Малѣйшая непредусмотрительность сторонъ и избранныхъ судей въ отношеніи формы заключенія третейской записи дѣлаетъ ничтожнымъ все производство третейскаго суда.

Засимъ ст. 1367 предписываетъ сторонамъ избирать посредниковъ въ нечетномъ числѣ по взаимному согласію сторонъ. По мотивамъ къ суд. уст. 1864 г., это правило постановлено съ цѣлью содѣйствовать обращенію частныхъ лицъ къ третейскому суду устраненіемъ вторичныхъ выборовъ общаго посредника на случай разногласія. Затрудненія въ избраніи посредниковъ могутъ быть значительно уменьшены, излагается въ мотивахъ, если посредники будутъ назначаться не отъ cadaго тяжущагося особо, въ качествѣ судей-адвокатовъ, а по взаимному согласію всѣхъ тяжущихся отъ всѣхъ вообще и въ нечетномъ числѣ.

¹⁾ Ст. ст. 1369, 1370, 1371, 1374 уст. гражд. судопр.

²⁾ См. у В. Гордона въ указ. сборникѣ разъясненіе въ § 2 подъ ст. 1374.

Какъ разъ, вмѣсто предполагаемаго облегченія сторонъ, законъ ставитъ почти непреодолимая препятствія при избраніи нечетнаго количества судей по взаимному согласію. Даже во французскомъ законодательствѣ допускается большая свобода при избраніи арбитровъ и суперъ-арбитровъ.

На основаніи этого закона Правительствующій Сенатъ разъясняетъ ¹⁾, что рѣшеніе третейскаго суда, постановленное двумя посредниками, недѣйствительно, хотя бы оно состоялось на основаніи третейской записи, по которой тяжущіеся представили разрѣшеніе ихъ спора двумъ посредникамъ съ тѣмъ, чтобы въ случаѣ разногласія между ними, они выбрали третьяго посредника.

Законодатель исходилъ изъ патріархальнаго воззрѣнія на институтъ третейскаго суда и, какъ усматривается изъ законодательныхъ мотивовъ, былъ весьма идиллически настроенъ: «избранные по взаимному согласію всѣхъ тяжущихся, въ нечетномъ числѣ, посредники должны рѣшить дѣло по большинству голосовъ, подъ предсѣдательствомъ *старшаго изъ нихъ лѣтами*» ²⁾.

Обращеніе къ третейскому суду можетъ быть дѣйствительно облегчено лишь тогда, когда выборъ третейскихъ судей будетъ вполнѣ свободный, и когда законодатель разъ и навсегда откажется отъ какихъ либо указаній на этотъ предметъ.

Что касается предметовъ, могущихъ быть передаваемыми на разсмотрѣніе третейскаго суда, то составители судебн. уставовъ въ этомъ отношеніи особыхъ ограниченій не устанавливали и ст. 1368 у. г. с. содержала въ себѣ постановленіе, что всѣ споры, подлежащіе разсмотрѣнію гражданскихъ судебныхъ мѣстъ, могутъ быть разсматриваемы и судомъ третейскимъ, за исключеніемъ: 1) дѣлъ о личныхъ правахъ состоянія, 2) дѣлъ малолѣтнихъ и лицъ, находящихся подъ опекою, 3) дѣлъ, сопряженныхъ съ интересомъ казенныхъ управленій или же земскихъ, городскихъ и сельскихъ обществъ и 4) дѣлъ, соединенныхъ съ преступленіемъ или проступкомъ, недопускающими примиренія.

Въ 1887 году Министерство Юстиціи вошло въ законодательномъ порядкѣ съ представленіемъ о дополненіи устава гражданского судопроизводства категорическимъ воспрещеніемъ поручать третейскимъ судамъ дѣла, касающихся недвижимыхъ имуществъ. Государственный Совѣтъ при обсужденіи этого вопроса нашелъ,

¹⁾ Рѣш. гражд. кассац. д-та 1870 г. № 646 и 1874 г. № 326.

²⁾ В. Гордонъ указ. сборн. разъясненіе въ § 2 подъ ст. 1367.

что указываемыя названнымъ министерствомъ злоупотребленія сводятся къ тому, что рѣшеніями третейскаго суда нерѣдко прикрывались сдѣлки о переходѣ права собственности на недвижимыя имущества для избѣжанія платежа крѣпостныхъ пошлинъ или же для укрѣпленія сихъ имуществъ за такими лицами, коимъ по особымъ правиламъ воспрещено въ нѣкоторыхъ мѣстностяхъ вновь пріобрѣтать недвижимыя имущества. Для пресѣченія впредь означенныхъ злоупотребленій Государственный Совѣтъ постановилъ измѣнить постановленія о третейскомъ разбирательствѣ въ томъ смыслѣ, чтобы они не могли служить орудіемъ обхода закона въ изъясненныхъ случаяхъ¹⁾. Въ виду этого въ ст. 1368 былъ включенъ п. 5, содержащій правило о томъ, что разрѣшенію третейскаго суда не подлежатъ дѣла о недвижимыхъ имуществaxъ, когда въ числѣ участвовавшихъ есть лица, ограничennыя по закону въ правахъ пріобрѣтенія этихъ имуществъ или въ правахъ владѣнія и пользованія ими и, кромѣ сего, была введена новая статья 1394¹, коей предусматривается, что всѣ рѣшенія третейскаго суда по спорамъ о недвижимыхъ имѣніяхъ, одновременно съ выдачею исполнительнаго листа, сообщаются надлежащимъ судомъ казенной палатѣ для производства разсчета слѣдуемыхъ крѣпостныхъ пошлинъ съ имуществъ, переходящихъ безмездными способами.

Такимъ образомъ, изъ политическихъ соображеній и для огражденія фискальнаго интереса идея третейскаго суда существенно нарушена этимъ постановленіемъ.

Коммисія для пересмотра законоположеній по судебной части снова возвращается къ отвергнутой уже Государственнымъ Совѣтомъ мѣрѣ и предлагаетъ совершенно изъять дѣла о недвижимыхъ имуществaxъ изъ вѣдѣнія третейскаго суда, «такъ какъ ограничительныя по указанному предмету постановленія, воспослѣдовавшія въ 1887 г., не достигли намѣченной цѣли, и что тѣ самыя злоупотребленія, противъ которыхъ постановленія эти были направлены, продолжаютъ наблюдаться на практикѣ и попрежнему прикрываются именно третейскою формою суда»²⁾.

Совершенно справедливо замѣчаетъ по этому поводу Энгельманъ, что правила судопроизводства съ пользою для дѣла могутъ

¹⁾ Объяснительная записка къ проекту новой редакціи устава гражданскаго судопроизводства. Изданіе Высочайше учрежд. ком. для пересмотра законоположеній по судебн. части, т. III, стр. 133, 134. Спб. 1900 г.

²⁾ Объяснит. записка къ проекту нов. редакціи уст. гр. суд., стр. 135.

быть основываемы лишь на началах судопроизводства, а не на побочных и чуждых ему соображеніяхъ фискальнаго и политическаго характера; единственнымъ же средствомъ предупредить обходъ платежа судебныхъ пошлинъ является правильное устройство поземельныхъ книгъ, а не лишнее ограниченіе гражданскихъ правъ ¹⁾.

Проектъ новой редакціи уст. гражд. судопр. предусматриваетъ рядъ измѣненій, направленныхъ къ умаленію третейскаго суда, напр. въ ст. 1066, 1074 проекта и т. д.

Къ дѣятельности третейскихъ судовъ относятся подозрительно не только позднѣйшее законодательство и судебная практика, но и ученые юристы-практики ²⁾. Не встрѣчаетъ сочувствія этотъ институтъ и въ широкихъ кругахъ общества. По даннымъ систематической ревизіи судебн. установленій ³⁾, произведенной въ 1895 г., оказывается, что къ помощи третейскихъ судовъ населеніе обращается крайне рѣдко. При ревизіи было обращено вниманіе на дѣла, разрѣшаемыя третейскимъ судомъ о недвижимой собственности. Такихъ дѣлъ отмѣчено всего 292 за послѣднія предъ ревизіею пять лѣтъ, да и то большинство ихъ относится къ одному округу Сѣверо-Западнаго края; во многихъ же судахъ случаевъ третейскаго разбирательства совсѣмъ не было.

Данныя, добытыя ревизіей, служатъ доказательствомъ того, что общіе третейскіе суды, благодаря строгой формальности нашего законодательства и излишней подозрительности къ ихъ дѣятельности со стороны судебной практики, фактически изъятъ изъ правильнаго гражданского оборота, и пользуются ими лишь тѣ лица, коимъ на данный случай необходимъ обходъ закона. Само собою разумѣется, что лица, нуждающіяся въ обходѣ закона, могутъ проявить свою дѣятельность и въ общихъ судебныхъ установленіяхъ и, пожалуй, даже съ большимъ успѣхомъ, чѣмъ въ третейскомъ судѣ ⁴⁾.

¹⁾ И. Е. Энгельманъ, — Учебникъ русскаго гражданского судопроизводства, стр. 406.

²⁾ Напр. А. Боровиковскій, — Отчетъ судьи, т. I, Спб. 1891 г., Шенингъ, — О силѣ рѣшеній третейскаго суда Ж. М. Ю. 1896 г., кн. 6, тамъ же указаны и другіе авторы.

³⁾ «Журн. Мин. Юстиціи», за 1901 г., № 6.

⁴⁾ А. Боровиковскій открыто высказываетъ свою подозрительность къ третейскимъ судьямъ, говоря: «достичь облеченія сдѣлки въ форму рѣшенія гораздо легче черезъ посредство суда третейскаго: для этого судей государственныхъ надо *ввести въ заблужденіе*, — тогда какъ съ третейскими судьями

Биржевые третейскіе суды.

Усилившійся за послѣднія десятилѣтія хлѣботорговый оборотъ Россіи, вызвалъ съ 1895 г. учрежденіе новаго типа биржъ—хлѣбныхъ и товарныхъ. Благодаря оживленному товарообмѣну какъ на внутреннихъ, такъ и на заграничныхъ рынкахъ, возникла потребность въ быстромъ улаженіи споровъ, возникающихъ изъ биржевыхъ сдѣлокъ. Этому въ достаточной мѣрѣ способствуютъ биржевые третейскіе суды или арбитражныя комиссіи, учрежденныя почти на всѣхъ русскихъ биржахъ ¹⁾.

На этотъ институтъ впервые было обращено вниманіе въ 1893 г. особымъ совѣщаніемъ, созваннымъ при Департаментѣ Торговли и Мануфактуръ Министерства Финансовъ для выработки мѣръ по упорядоченію хлѣбной торговли. Означенное совѣщаніе единогласно признало, что одною изъ существенныхъ мѣръ по упорядоченію данной отрасли торговаго должно послужить учрежденіе при биржахъ *третейскаго разбирательства* по спорамъ, вытекающимъ изъ хлѣбной торговли, въ видѣ особыхъ арбитражныхъ комиссій. Совѣщаніе тогда же выработало нѣсколько общихъ положеній для этого института, но таковыя положенія, какъ содержащія въ себѣ довольно широкія полномочія арбитражнымъ комиссіямъ, на практикѣ примѣненія не получили.

Результаты трудовъ совѣщанія до нѣкоторой степени отразились лишь на уставѣ Калашниковской хлѣбной биржи гор. С.-Петербурга (утвержденномъ въ 1895 году) въ томъ смыслѣ, что въ него былъ введенъ особый параграфъ, коимъ предусматривалось «образованіе при биржѣ арбитражной комиссіи для посредничества въ спорахъ по хлѣботорговымъ сдѣлкамъ, заключеннымъ какъ на Калашниковской биржѣ, такъ и внѣ оной членами биржевого общества, если по обоюдному согласію спорящихъ сторонъ, рѣшеніе спора будетъ предоставлено означенной комиссіи, порядокъ дѣйствія

нетрудно просто *войти въ соглашеніе*». А. Боровиковскій, —Отчетъ судьи, т. I, стр. 270. Спб. 1891 г. Съ этимъ утвержденіемъ никакъ нельзя согласиться, такъ какъ почтенный авторъ упускаетъ изъ виду крупныя недостатки нашего законодательства о третейскихъ судахъ и такое огульное обвиненіе третейскихъ судей, также неосновательно, какъ и обвиненіе присяжныхъ засѣдателей, присяжныхъ повѣренныхъ и др. лицъ, призванныхъ помогать правосудію, если бы законодательство о нихъ находилось въ такомъ же неудовлетворительномъ состояніи.

¹⁾ А. Ф. Волковъ, Биржевое право. А. С. Невзоровъ, Русскія биржи, Юрьевъ 1898—1901.

которой, а равно и способъ избранія членовъ опредѣляется особой инструкціей, вырабатываемой биржевымъ комитетомъ, съ одобренія биржевого общества, и утверждаемой Министромъ Финансовъ».

Въ 1899 году впервые Министерство Финансовъ опубликовало въ «Собраніи узаконеній и распоряженій правительства» инструкцію для арбитражной комисіи, состоящей при Калашниковской хлѣбной биржѣ гор. С.-Петербурга.

При разработкѣ проекта инструкціи для арбитражной комисіи при Калашниковской биржѣ, были приняты во вниманіе статуты иностранныхъ (главнымъ образомъ германскихъ и австрійскихъ) биржевыхъ третейскихъ судовъ, а также и бывшая судебная практика биржевого комитета.

Главнѣйшія положенія инструкціи для означенной арбитражной комисіи сводятся къ слѣдующему. Коммисія призвана устанавливать родъ и качество товаровъ, послужившихъ предметомъ спорныхъ сдѣлокъ, а также и разрѣшать возникающія по этимъ сдѣлкамъ всѣ недоразумѣнія. Въ составъ комисіи входятъ 9 членовъ биржевого комитета и 9 членовъ биржевого общества, ежегодно избираемыхъ на общемъ собраніи. Эти члены не могутъ участвовать въ разбирательствѣ тѣхъ дѣлъ: 1) въ которыхъ заинтересованы онъ лично, его ближайшіе родственники и торговые компаньоны и 2) лица, съ коими онъ ведетъ тяжбу. Каждой сторонѣ, кромѣ сего, предоставляется право отвести по одному члену комисіи безъ объясненія причины. Число присутствующихъ на засѣданіяхъ комисіи должно быть нечетнымъ и не менѣе 5 членовъ. Коммисія разсматриваетъ споры и недоразумѣнія, возникающіе по торговымъ сдѣлкамъ, заключеннымъ какъ членами биржевого общества между собою, такъ и съ лицами, не состоящими членами биржи. Возникающіе споры и недоразумѣнія комисія разбираетъ по существу дѣла; рѣшенія ея считаются окончательными и обжалованію не подлежатъ, *если обѣими спорящими сторонами предварительно было выдано письменное на то согласіе*. Коммисія разсматриваетъ споры и недоразумѣнія и по заявленію одной стороны, т. е, когда другая не выражаетъ согласія на разбирательство дѣла въ комисіи. Состоявшееся въ такомъ случаѣ рѣшеніе сообщается сторонѣ не согласившейся ранѣе на разсмотрѣніе спора въ комисіи, *и лишь послѣ письменнаго признанія* этой стороной рѣшенія, таковое пріобрѣтаетъ обязательную силу для обѣихъ сторонъ ¹⁾.

¹⁾ §§ 1, 2, 5, 6, 7, 8, 9, 13 и нструкціи для арбитражной комисіи Эта инструкція опубликована въ трудѣ А. Ф. Волкова—Биржевое право на стр. 4 и сл.

Если отвѣтчикъ по первой повѣсткѣ не явился въ засѣданіе комисіи, то на слѣдующій день посылается второй окончательный вызовъ; при неявкѣ же и на второе засѣданіе, комисія приступаетъ къ *заочному разсмотрѣнію* и рѣшенію дѣла на основаніи представленныхъ и собранныхъ доказательствъ. Неявившійся отвѣтчикъ или сторона, не выразившая ранѣе согласія на разбирательство спора въ комисіи, имѣютъ право въ семидневный срокъ, со дня объявленія *заочнаго рѣшенія*, просить комисію о новомъ разбирательствѣ дѣла въ ихъ присутствіи. При этомъ отъ стороны, несогласившейся ранѣе на разбирательство дѣла въ арбитражной комисіи, зависитъ или заявить о согласіи ея признать имѣющее состояться рѣшеніе окончательнымъ и обжалованію не подлежащимъ, или же вовсе отказаться отъ посредничества комисіи.

Засѣданія комисіи не публичны. Рѣшеніе объявляется сторонамъ словесно предсѣдательствующимъ тотчасъ по его постановленіи, причемъ спорящіе пользуются правомъ полученія письменныхъ копій съ рѣшеній комисіи; подлинное же производство арбитражная комисія передаетъ въ биржевой комитетъ, въ виду возложеннаго на него надзора за правильнымъ веденіемъ биржевой торговли ¹⁾.

Въ позднѣйшихъ инструкціяхъ для арбитражныхъ комисій при другихъ биржахъ предусматривается, что имя и фамилія лица, изъявившаго согласіе на разборъ дѣла въ арбитражной комисіи, но не подчинившагося ея рѣшенію, выставляется въ биржевомъ залѣ, по постановленію биржевого комитета.

Въ 1901 г. Высочайше утвержденнымъ положеніемъ Комитета Министровъ министру финансовъ предоставлено было право учреждать арбитражныя комисіи при всѣхъ остальныхъ биржахъ. Означенное положеніе вошло въ Сводъ Законовъ въ слѣдующей редакціи: «министру торговли и промышленности предоставляется разрѣшать, по ходатайствамъ биржевыхъ обществъ, учрежденіе арбитражныхъ комисій для посредничества въ спорахъ по торговымъ дѣламъ при тѣхъ биржахъ, уставами коихъ образованіе означенныхъ комисій не предусмотрено, а равно утверждать вырабатываемыя биржевыми комитетами, съ одобренія биржевыхъ обществъ инструкціи, опредѣляющія личный составъ, права и обязанности таковыхъ комисій» ²⁾.

1) §§ 21, 22 и 23 инструкціи.

2) Прим. 3 къ ст. 657, Уст. Торг., Сводъ Закон., т. XI ч. 2, по прод. 1906 г.

Этотъ законъ, лишенный внутренняго содержанія, предоставляя министру разрѣшать, а биржевымъ обществамъ вырабатывать и одобрять инструкцію для арбитражныхъ комиссій, производилъ въ заинтересованныхъ кругахъ полное недоумѣніе. При отсутствіи общаго законодательства по сему предмету и какихъ либо законодательныхъ указаній, составленіе инструкцій для арбитражныхъ комиссій было довольно затруднительнымъ дѣломъ. Каждая биржа старалась на основаніи этого закона учредить у себя нѣчто вродѣ обязательнаго суда первой инстанціи даже съ введеніемъ института апелляціоннаго производства. Но выходъ былъ найденъ очень простой и несложный. Министръ торговли и промышленности сталъ утверждать лишь только тѣ инструкціи, которыя составлены примѣнительно къ инструкціи арбитражной комиссіи при Калащниковской биржѣ въ С.-Петербургѣ.

За время существованія арбитражныхъ комиссій Правительствующему Сенату приходилось высказываться о значеніи этихъ третейско-судебныхъ установленій. По мнѣнію Сената ¹⁾, «арбитражные суды несомнѣнно имѣютъ большое сходство съ третейскими судами; въ тѣхъ и другихъ воля частныхъ лицъ вполнѣ замѣняетъ тѣ необходимыя условія, коими правительство обязано охранять достиженіе истины въ судѣ, учреждаемомъ въ видахъ охраненія спокойствія въ государствѣ (Суд. уст. съ разсужд. ч. I, стр. 653); въ тѣхъ и другихъ требуется письменное согласіе спорящихъ сторонъ, обращающихся къ такимъ судамъ, тѣ и другіе освобождены отъ соблюденія формальностей производства (ст. 1378 уст. гр. суд.) и постановляютъ рѣшенія по совѣсти (ст. 1387 уст. гр. суд.). Но при всемъ сходствѣ арбитражныхъ судовъ съ третейскими, между ними имѣется весьма существенная разница, которая заключается въ томъ, что постановленія третейскихъ судовъ, подобно рѣшеніямъ судебныхъ мѣстъ, приводятся въ исполненіе на общемъ основаніи принудительно, путемъ выдачи исполнительныхъ листовъ, имѣющихъ равную силу съ исполнительными листами правительственныхъ судебныхъ установленій (ст. 1395 уст. гр. суд.), а въ отношеніи постановленій арбитражныхъ комиссій никакихъ правилъ о порядкѣ приведенія въ исполненіе ихъ не установлено ни въ законѣ, ни въ инструкціяхъ для арбитражныхъ комиссій, опредѣляющихъ лишь составъ, права и обязанности таковыхъ комиссій. Отсутствіе такихъ правилъ, въ связи съ содержащимся въ инструк-

¹⁾ Рѣш. гражд. кассац. д-та отъ 11 ноября 1909 г. № 93.

ціяхъ постановленіємъ, по которому имена лицъ, изъявившихъ согласіе на разборъ ихъ дѣла въ арбитражной комисіи и не подчинившихся ея рѣшенію, заносятся въ особый списокъ, выставляемый въ биржевомъ залѣ, ясно указываетъ, что рѣшенія арбитражной комисіи принудительному исполненію подлежатъ не могутъ и что эти рѣшенія имѣютъ для сторонъ лишь нравственное значеніе, обязательное для нихъ «за честь и совѣсть». При такомъ значеніи постановленій арбитражныхъ комиссій, слѣдуетъ признать, что они, не имѣя свойства судебного рѣшенія, не могутъ имѣть силы предустановленнаго доказательства, и что оцѣнка ихъ, какъ и всякаго представляемаго сторонами документа, въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ зависитъ отъ суда, рѣшающаго дѣло по существу, и, на основаніи 5 ст. учр. суд. устан., кассационной повѣркѣ не подлежитъ».

Въ нѣсколько иной мотивировкѣ высказывается о сущности арбитражныхъ комиссій Судебный Департаментъ Правительствующаго Сената. «Арбитражныя комисіи, дѣйствующія при биржахъ, на основаніи инструкціи Министра Финансовъ, отъ 20 октября 1899 года, по объясненію Правительствующаго Сената, являются по своему назначенію, учрежденіями посредническими и, какъ таковыя, имѣютъ характеръ своего рода третейскихъ судовъ. Такъ какъ, по общему принципу, всякій споръ о правѣ гражданскомъ подлежитъ разрѣшенію судебныхъ установленій и всякаго рода предварительныя обязательства о подчиненіи своихъ споровъ третейскому суду, согласно неоднократнымъ разъясненіямъ Правительствующаго Сената, не лишаютъ участвующихъ въ договорѣ лицъ права, во всякое время, по первому желанію, обращаться къ разбирательству установленныхъ закономъ судебныхъ мѣстъ, то и обязательство о подчиненіи споровъ арбитражной комисіи не могутъ имѣть иного значенія, какъ лишь готовность, въ данный моментъ, обѣихъ въ дѣлѣ сторонъ подчинить взаимный споръ разсмотрѣнію этой комисіи, является непремѣннымъ и единственнымъ условіемъ, обосновывающимъ компетенцію таковой. Соображеніе суда, что отводить можно лишь отъ суда къ суду, Правительствующій Сенатъ признаетъ основательнымъ, и ссылка жалобщика на присутій, по его мнѣнію, арбитражной комисіи характеръ правительственнаго мѣста, не подрываетъ вышеизложенныхъ выводовъ, такъ какъ независимо отъ степени правильности соображеній жалобщика по этому предмету, арбитражная комиссія, во всякомъ случаѣ, не обладаетъ надлежащими судебными функціями, не имѣя твердо

опредѣленной компетенціи и права принудительнаго выполненія своихъ рѣшеній. Цитируемая жалобщикомъ опредѣленія Правительствующаго Сената, признающія за рѣшеніями иностранныхъ арбитражныхъ судовъ доказательную силу, приравниваютъ лишь эти рѣшенія, по значенію, къ допускаемымъ нашими законами свидетельствами экспертовъ, каковое значеніе, при разборѣ дѣлъ въ коронныхъ судахъ, имѣютъ, само собою, и заключенія русскихъ арбитражныхъ судовъ, какъ представляющихъ собою мнѣнія свѣдущихъ людей»¹⁾.

Въ 1903 году была образована Особымъ Высочайше учрежденнымъ Совѣщаніемъ о нуждахъ сельскохозяйственной промышленности отдѣльная подготовительная коммисія, изъ членовъ министерствъ юстиціи и финансовъ для выработки проекта правилъ о биржевыхъ арбитражныхъ коммисіяхъ.

Эта коммисія обратила вниманіе на то, что примѣняемый нынѣ во многихъ случаяхъ способъ третейскаго разбирательства споровъ, возникающихъ изъ торговыхъ отношеній, въ учрежденныхъ при значительномъ числѣ биржъ такъ называемыхъ *арбитражныхъ коммисіяхъ*, обезпечивая интересы правосудія, оказывается вмѣстѣ съ тѣмъ наиболѣе отвѣчающимъ требованію быстроты и авторитетности рѣшеній. Признавъ въ виду этого желательнымъ дальнѣйшее сохраненіе этихъ органовъ торговаго третейскаго суда, коммисія полагала дать имъ законодательную санкцію, а ихъ рѣшеніямъ—недостающую имъ теперь обязательную силу. Вмѣстѣ съ тѣмъ коммисія находила необходимымъ опредѣлить кругъ вѣдомства арбитражныхъ коммисій, исходя изъ того, что разбору ихъ обязательно должны подлежать споры, возникшіе между членами биржевого общества по биржевымъ сдѣлкамъ²⁾. Соотвѣтственно сему и былъ выработанъ предварительный проектъ правилъ для биржевыхъ судовъ.

Особое Совѣщаніе, разсмотрѣвъ труды подготовительной коммисіи, съ своей стороны находило, что быстрое разрѣшеніе споровъ по биржевымъ сдѣлкамъ съ хлѣбомъ представляетъ особенную важность для успѣшной борьбы съ довольно обычнымъ у насъ явленіемъ отказа отъ выполненія сдѣлокъ въ случаяхъ рѣзкаго повышенія или пониженія цѣнъ. Подобный отказъ можетъ совершенно разорить другую сторону, весьма

¹⁾ Рѣш. Суд. Д-та отъ 16 апр. 1909 г. по дѣлу германскаго подданнаго Зигфрида Вольдберга.

²⁾ См. А. Ф. Волковъ, —Биржевое право, стр. 9 и сл.

часто заранее перепродающую товаръ, и, слѣдовательно, долженъ быть признанъ такимъ уклоненіемъ отъ правильной торговли, которое въ корнѣ подрываетъ обезпеченность сдѣлки. Отсюда ясно, что и принужденіе къ выполнению сдѣлки, чтобы имѣть реальное значеніе, должно послѣдовать безъ замедленія. Между тѣмъ, *строю третейская форма суда связана съ довольно сложными формальностями* по совершению третейской записи, вслѣдствіе чего торговля къ такимъ судьямъ прибѣгаетъ сравнительно рѣдко. Къ тому же, при факультативности этого порядка разрѣшенія споровъ, сторона которой выгодно неисполненіе сдѣлки, обыкновенно уклоняется отъ третейскаго разбирательства, стремясь затянуть дѣло ¹⁾.

Въ виду сего, Особое Совѣщаніе полагало, что принудительное распространеніе компетенціи биржевого суда на сдѣлки, заключенныя между членами биржевого общества, а также между членами биржи и постороннимъ лицомъ, если послѣднее является истцомъ, не колеблетъ принципа добровольнаго согласія сторонъ и не подрываетъ, слѣдовательно, третейскаго характера биржевого суда. Что же касается распространенія обязательной юрисдикціи этого суда на споры, возникающіе по сдѣлкамъ съ посторонними биржѣ лицами, въ особенности, когда они являются отвѣтчиками, то едва ли было бы правильно допустить такое расширеніе вѣдѣнія биржевого суда безъ прямого согласія со стороны этихъ лицъ, заявленнаго притомъ послѣ возникновенія спора, такъ какъ согласіе, данное при заключеніи сдѣлки, можетъ быть иногда недостаточно сознательнымъ.

Въ сужденіяхъ своихъ Особое Совѣщаніе исходило изъ той точки зрѣнія, что съ установленіемъ обязательности юрисдикціи биржевого суда для соотвѣтствующихъ биржевыхъ сдѣлокъ, устранятся многія весьма нежелательныя явленія, наблюдаемыя до сихъ поръ въ биржевой торговлѣ и объясняемыя въ значительной степени нынѣшнимъ факультативнымъ характеромъ арбитражныхъ судовъ. Именно, недобросовѣстно исполнившей сдѣлку сторонѣ открывается всегда легкая возможность уклониться отъ послѣдствій рѣшенія биржевого суда, для чего стоитъ только перенесеніемъ дѣла въ общіе суды затянуть на долгіе мѣсяцы исполненіе по сдѣлкамъ, результаты которыхъ оцѣниваются днями, самое большое — недѣлями. Къ устраненію подобной необезпеченности сдѣлокъ и должна

¹⁾ Журналъ Особого Совѣщанія о нуждахъ сельскохозяйственной промышленности, за № 13.

быть направлена дѣятельность биржевыхъ судовъ, но для этого необходимо поднять ихъ авторитетъ и сообщить ихъ рѣшеніямъ обязательную силу.

По вопросу о недопустимости по рѣшеніямъ биржевого суда апелляціоннаго производства, Особое Совѣщаніе находило, что если недовольная рѣшеніемъ сторона не будетъ имѣть права ни апеллировать, ни предъявить искъ въ общихъ судебныхъ установленіяхъ, то окончательныя при этихъ условіяхъ рѣшенія биржевого суда могутъ вызвать на практикѣ нежелательныя послѣдствія въ случаяхъ явной ошибки или неправильностей рѣшеній.

Въ связи съ вопросомъ о характерѣ рѣшеній биржевого суда, Особое Совѣщаніе остановилось на способахъ приведенія этихъ рѣшеній въ исполненіе и полагало, что, кромѣ экзекуціоннаго способа исполненія рѣшеній, путемъ продажи или покупки товара за счетъ неисправнаго контрагента, представлялось бы полезнымъ предвидѣть и другіе, менѣе суровые способы исполненія рѣшеній, напримѣръ, — взысканіе съ виновной стороны соотвѣтствующей разницы въ цѣнахъ ¹⁾).

На основаніи вышеизложеннаго Особое Совѣщаніе постановило образовать для болѣе подробной разработки правилъ биржевого суда междувѣдомственную комиссію при участіи представителей биржевыхъ комитетовъ, подъ предсѣдательствомъ сенатора П. П. Кобылинскаго, каковая комиссія приняла бы во вниманіе вышеприведенныя сужденія Особаго Совѣщанія.

Положеніе Особаго Совѣщанія удостоено было 13 іюня 1903 г. Высочайшаго утвержденія.

Выработанныя комиссіей сенатора Кобылинскаго правила о биржевомъ судѣ подверглись обсужденію на съѣздѣ представителей биржевыхъ комитетовъ, происходившемъ въ томъ же 1903 году. Затѣмъ этотъ проектъ былъ сообщенъ Министерствомъ Финансовъ на заключеніе биржевыхъ комитетовъ и подвергся обсужденію биржевыхъ обществъ. Какъ съѣздъ, такъ и биржевыя общества единогласно признали необходимость и своевременность преобразованія арбитражныхъ комиссій и придавали существенное значеніе предположеннымъ въ этомъ отношеніи измѣненіямъ.

Главнѣйшія постановленія означеннаго проекта правилъ сводятся къ нижеслѣдующему.

¹⁾ Журналъ Особаго Совѣщанія о нуждахъ сельскохозяйственной промышленности, за № 13.

Биржевые суды учреждаются при биржахъ и состоятъ изъ членовъ биржевого общества, избираемыхъ имъ въ качествѣ судей на срокъ, по его усмотрѣнію, въ числѣ не менѣе шести. Такимъ же порядкомъ избирается соотвѣтствующее число кандидатовъ къ нимъ.

Число судей, присутствующихъ въ засѣданіяхъ суда, должно быть нечетнымъ, не менѣе трехъ, считая и предсѣдателя.

Вѣдомство биржевого суда простирается: а) на членовъ мѣстнаго биржевого общества и посѣтителей мѣстной биржи, б) на мѣстныхъ биржевыхъ посредниковъ въ ихъ спорахъ съ препоручителями, если послѣдніе принадлежатъ къ числу членовъ мѣстнаго биржевого общества или посѣтителей биржи, в) на постороннихъ лицъ, если они выступаютъ въ качествѣ истцовъ, имѣя отвѣтчикомъ члена биржевого общества, посѣтителя биржи или биржевого посредника, и притомъ пожелаютъ разбираться въ биржевомъ судѣ.

Разбору биржевого суда подлежатъ всѣ споры, возникающіе между означенными лицами по поводу биржевыхъ сдѣлокъ, совершенныхъ въ районѣ дѣйствія на основаніи биржевыхъ правилъ той биржи, при которой данный судъ состоитъ.

Изъ вѣдѣнія биржевого суда изъемяются: 1) дѣла, сопряженные съ пользами малолѣтнихъ и другихъ лицъ, находящихся подъ опекою, 2) дѣла, сопряженные съ интересомъ казенныхъ управленийъ или же земскихъ, городскихъ и сельскихъ обществъ, и 3) дѣла, соединенныя въ чемъ-либо съ преступнымъ дѣяніемъ, кромѣ прекращаемыхъ примиреніемъ.

Дѣло возбуждается словеснымъ заявленіемъ или подачею письменнаго заявленія. Словесное заявленіе записывается въ установленную книгу, прочитывается истцу и подписывается имъ.

Вызовъ тяжущихся, свидѣтелей и другихъ лицъ производится письменно, посредствомъ повѣстокъ, или словесно, съ отобраніемъ подписки.

Дѣла разсматриваются судомъ въ присутствіи сторонъ или ихъ уполномоченныхъ представителей. Постороннія и непричастныя къ дѣлу лица въ засѣданіе суда не допускаются ²⁾.

Члены биржевого суда обязаны устранять себя и могутъ быть отводимы тяжущимися въ слѣдующихъ случаяхъ:

1) когда въ дѣлѣ заинтересованы судья, жена его, или родственники его, въ прямой линіи безъ ограниченія, а въ боковыхъ—

¹⁾ См. ст. 1, 3, 4, 5 проекта правилъ о биржевомъ судѣ.

²⁾ См. ст. 7, 8, 9 проекта

родственники первыхъ четырехъ и свойственники первыхъ трехъ степеней, а равно усыновленные имъ лица;

2) когда судья состоитъ опекуномъ одного изъ тяжущихся, либо управляетъ его дѣлами, или когда тяжущійся завѣдываетъ дѣлами или имѣніемъ судьи;

3) когда судья или жена его состоятъ по закону ближайшими наслѣдниками одного изъ тяжущихся;

4) когда въ дѣлѣ заинтересованы торговые компаніоны судьи или лица, съ коими онъ имѣетъ тяжбу;

5) когда жена судьи имѣетъ тяжбу съ однимъ изъ тяжущихся.

При обсужденіи споровъ судъ долженъ прежде всего заботиться о примиреніи сторонъ; при недостиженіи миролюбиваго соглашенія судъ, по обсужденіи всѣхъ данныхъ дѣла, постановляетъ рѣшеніе по большинству голосовъ. Допускаются заочныя рѣшенія съ правомъ пересмотра дѣла въ присутствіи отвѣтчика.

Къ спорамъ тяжущихся примѣняются биржевыя правила и торговые обычаи, существующіе въ мѣстѣ исполненія сдѣлки.

Въ рѣшеніи биржевого суда должны быть означены имена, отчества, фамиліи тяжущихся и судей, требованія и доказательства тяжущихся и основанія, принятыя судомъ при разрѣшеніи дѣла; сверхъ сего—годъ, мѣсяцъ и число постановленія рѣшенія ¹⁾.

Апелляція на рѣшеніе биржевого суда не допускается, но тяжущіеся могутъ въ трехдневный срокъ, исчисляемый со дня объявленія рѣшенія, съ соблюденіемъ правилъ ст.ст. 822—824 уст. гражд. суд., просить биржевой судъ объ исправленіи оказавшихся въ рѣшеніи описокъ, или явныхъ ошибокъ и невѣрностей въ цифровыхъ расчетахъ. Судъ, признавъ просьбу уважительной и по выслушаніи противной стороны, вводитъ надлежащія исправленія своего рѣшенія.

Рѣшенія биржевого суда признаются, по жалобамъ тяжущихся, недѣйствительными и подлежащими уничтоженію только въ томъ случаѣ, когда они постановлены по дѣлу неподсудному, или съ нарушеніемъ правилъ судопроизводства столь существенныхъ, что приговоръ суда невозможно признать въ силѣ судебного рѣшенія ²⁾.

Просьбы объ отмѣнѣ рѣшенія биржевого суда подаются коммерческому или окружному суду, въ округѣ котораго дѣло рѣшено, въ трехдневный срокъ со дня объявленія его, съ соблюденіемъ пра-

¹⁾ См. ст. 10, 11, 12, 15, 17, 23 проекта.

²⁾ См. ст. 24, 26 проекта.

виль ст.ст. 822—824 уст. гражд. суд., и рассматриваются внѣ очереди и, по возможности, въ ближайшемъ засѣданіи. Въ случаѣ уничтоженія рѣшенія, дѣло обращается къ новому производству и рѣшенію въ биржевой судъ, причемъ въ разсмотрѣніи дѣла участвуютъ, по возможности, члены суда, не принимавшіе участія въ постановленіи первоначальнаго рѣшенія.

Независимо отъ просьбъ объ уничтоженіи рѣшенія, тяжущимся предоставляется просить коммерческой судъ, въ округѣ котораго дѣло рѣшено, въ мѣсячный срокъ, исчисляемый порядкомъ, указаннымъ въ ст. 597 п. 2 уст. гражд. суд., съ соблюденіемъ правилъ ст.ст. 819—823 того-же устава, о пересмотрѣ рѣшенія биржевого суда въ случаѣ открытія новыхъ обстоятельствъ или въ случаѣ подлога, обнаруженнаго въ актахъ, на коихъ рѣшеніе основано. Съ признаніемъ сихъ просьбъ уважительными, коммерческой или окружной судъ разрѣшаетъ биржевому суду пересмотрѣть дѣло и постановить новое рѣшеніе. Въ этомъ случаѣ въ разсмотрѣніи дѣла участвуютъ, по возможности, другіе члены суда.

Рѣшеніе биржевого суда вступаетъ въ силу немедленно по объявленіи онаго и подлежитъ исполненію, несмотря на подачу просьбы объ отмѣнѣ или о пересмотрѣ рѣшенія ¹⁾).

Рѣшеніе производится въ исполненіе: а) продажею или покупкою товара въ назначенный судомъ срокъ самою оправданною стороною за счетъ неисправнаго контрагента (экзекуція) по цѣнамъ, стоящимъ на биржѣ въ день, слѣдующій за постановленіемъ рѣшенія, и б) посредствомъ исполнительнаго листа—если присуждено какое-либо денежное взысканіе, или возложена на должника обязанность исполнить какія-либо дѣйствія въ пользу взыскателя въ назначенный срокъ; въ семъ послѣднемъ случаѣ взыскатель, при неисполненіи должникомъ сихъ дѣйствій въ срокъ, можетъ просить судъ о предоставленіи ему произвести тѣ же дѣйствія за счетъ должника. Исполнительный листъ выдается по опредѣленію коммерческаго или окружнаго суда въ округѣ котораго дѣло рѣшено, на основаніи предъявляемаго рѣшенія биржевого суда. Исполненіе на основаніи исполнительнаго листа производится по общимъ правиламъ, предписаннымъ въ законѣ для судебныхъ рѣшеній.

Биржевому комитету предоставляется выставять фамиліи лицъ, принадлежащихъ къ составу биржевого общества, не исполнившихъ добровольнаго рѣшенія биржевого суда, а также лишать

¹⁾ См. ст. 28, 30 проекта.

этихъ лицъ права посѣщенія биржи на срокъ, опредѣляемый биржевымъ комитетомъ, но не свыше одного года ¹⁾).

Въ заключеніе проектъ предусматриваетъ способы разрѣшенія пререканій о подсудности между биржевыми судами.

Обращаясь къ разсмотрѣнію проекта правилъ о биржевомъ судѣ, необходимо прежде всего отмѣтить, что только изъ мотивовъ къ этому проекту можно усмотрѣть, что правила имѣютъ въ виду третейское разбирательство.

Устанавливая въ ст. 4 проекта принудительную подсудность членовъ, посѣтителей и посредниковъ данной биржи, мотивы стараются оправдать такое подчиненіе биржевому суду тѣмъ, «что эти лица, вступая въ биржевую среду, тѣмъ самымъ заранѣе изъявляютъ согласіе на третейское рѣшеніе биржевого суда по заключеннымъ ими сдѣлкамъ, и такимъ образомъ, принципъ добровольнаго согласія сторонъ, составляющій непремѣнное условіе всякаго третейскаго разбирательства не поколебленъ». Далѣе мотивы дѣлаютъ слѣдующій выводъ: «подчиненіе этому способу рѣшенія споровъ зависитъ лишь отъ принадлежности лицъ къ *биржевому сословію*, въ силу каковой принадлежности самое согласіе считается напередъ изъявленнымъ» ²⁾).

Нельзя отрицать справедливость этого положенія для нѣкоторыхъ западно-европейскихъ биржъ, гдѣ существуютъ закономъ установленныя регистраціи для членовъ биржевого общества, имѣющихъ право заключить на биржѣ сдѣлки и гдѣ самое вступленіе въ члены биржи, предоставляя извѣстныя права, налагаетъ въ то же время обязанности ³⁾; что же касается состава членовъ и посѣтителей русскихъ биржъ, то это соображеніе не можетъ быть примѣнимо.

Въ дѣйствующемъ законодательствѣ о биржахъ ⁴⁾, а равно и въ уставахъ отдѣльныхъ биржъ совершенно не предусматривается *биржевою сословія*, какъ такового. Самое вступленіе въ члены и выходъ изъ него не обусловлены какими либо особыми требованіями, кромѣ выборки соотвѣтствующихъ промысловыхъ свидѣтельствъ и уплаты ежегоднаго членскаго взноса въ пользу биржи; на хлѣбныхъ же биржахъ могутъ быть полноправными членами

¹⁾ См. ст. 31 проекта.

²⁾ Соображенія по проекту правилъ о биржевомъ судѣ, стр. 36.

³⁾ Подробнѣе см. у А. Ф. Волкова, Обзоръ организаціи биржъ и биржевой торговли товарами въ Западной Европѣ, Спб. 1903.

⁴⁾ Т. XI, ч. 2 уст. торг. св. зак.

биржи сельскіе хозяева, освобожденные отъ промысловыхъ налоговъ, имѣющіе нужду въ биржѣ весьма незначительное время, въ теченіе 2 или 3 мѣсяцевъ, для сбыта своего урожая. Мало того, на С.-Петербургской и Московской мясныхъ и скотопромышленныхъ биржахъ одинъ, хотя бы единичный, фактъ продажи партіи скота или мяса черезъ биржевого комиссіонера и зарегистрированного въ биржевыхъ книгахъ, дѣлаетъ собственника товара, живущаго за нѣскольکو тысячъ верстъ отъ биржи, членомъ биржи, такъ какъ комиссіонеръ обязанъ сдѣлать установленный членскій взносъ изъ вырученной отъ продажи суммы за счетъ своего коммиттента. Если принять, засимъ, во вниманіе наблюдаемую у насъ демократизацію хлѣбной торговли и сельскаго хозяйства, и что хлѣбныя биржи за послѣднее время стали учреждаться не только въ глухихъ уѣздныхъ городахъ, но и въ селахъ, то легко можно представить разнохарактерную публику биржевого общества, состоящаго какъ изъ крупныхъ скупщиковъ коммерсантовъ, такъ дворянъ землевладѣльцевъ и крестьянъ. Такимъ образомъ, при данномъ составѣ биржевого общества и посѣтителей биржи, говорить о добровольномъ согласіи на разборъ спорнаго дѣла въ биржевомъ судѣ со стороны описанныхъ членовъ биржи не приходится.

Впрочемъ, мотивы къ проекту правилъ о биржевомъ судѣ болѣе нигдѣ уже не упоминаютъ несвойственныя этому суду слова, какъ «добровольное соглашеніе», «третейское разбирательство» и т. п., и открыто признаютъ биржевой судъ «спеціальнымъ торговымъ судомъ», «судомъ первой инстанціи» ¹⁾.

Въ объясненіяхъ къ ст.ст. 7—25 проекта мотивы, совершенно забывъ о третейскомъ характерѣ биржевыхъ судовъ, довольно уже послѣдовательно заявляютъ, что «судопроизводство въ биржевыхъ судахъ должно быть установлено на тѣхъ же самыхъ началахъ, какъ и судопроизводство въ судебныхъ мѣстахъ, преимущественно низшихъ инстанціяхъ—мировыхъ учрежденіяхъ» ²⁾.

На этомъ бы слѣдовало и покончить дальнѣйшее разсмотрѣніе проекта правилъ о биржевомъ судѣ, какъ судѣ спеціальномъ, профессиональномъ, установленномъ силою закона, а не волею заинтересованныхъ сторонъ, но логическія несовершенства проекта, могущія привести къ печальнымъ недоразумѣніямъ, заставляютъ обратить вниманіе на слѣдующее.

¹⁾ Соображенія стр. 32.

²⁾ Соображенія стр. 37.

При составленіи проекта исходили изъ двухъ другъ-другу противоположныхъ началъ: свободное волеизъявленіе сторонъ и повелѣніе закона. Смѣшавъ эти два начала въ одно цѣлое, получились недосмотры, вредные для профессиональнаго биржевого суда, какъ таковаго.

Устраняя принципъ свободнаго соглашенія сторонъ съ третейскими судьями, проектъ не даетъ никакой гарантіи въ томъ, что судьи дѣйствительно будутъ исполнять свою обязанность и разсматривать предъявляемые имъ споры, что это разсмотрѣніе, а затѣмъ и рѣшеніе послѣдуютъ въ ближайшее время, а не затянутся на долгіе годы, и что выбранные биржевымъ обществомъ судьи дѣйствительно знаютъ биржевыя правила и торговые обычаи и сумѣютъ примѣнить ихъ на практикѣ. Словомъ, проектъ упускаетъ изъ виду то общее правило, что, учреждая особые профессиональные суды, государство не должно допускать такого способа разрѣшенія частно-правовыхъ споровъ, который не былъ бы обставленъ всѣми гарантіями безпристрастности и компетентности, какъ выражаются мотивы къ австрійскимъ биржевымъ третейскимъ судамъ.

Такимъ образомъ, для состава биржевого суда необходимо было бы предусмотрѣть, какъ и въ австрійскомъ биржевомъ судѣ: 1) право избранія судей не только изъ среды биржевого общества, но и постороннихъ биржѣ лицъ, 2) обезпечить судъ содѣйствіемъ лица, свѣдущаго въ законахъ и могущаго давать не только юридическіе совѣты, но и наблюдать за правильностью судопроизводства, 3) установить для судей должностную отвѣтственность въ правильномъ исполненіи ихъ судейскихъ обязанностей и пр.

Еще большая опасность заключается въ томъ, что, согласно ст. 12 проекта, къ спорамъ тяжущихся должны примѣняться биржевыя правила, а не вообще торговые обычаи, существующіе въ мѣстѣ исполненія сдѣлки. Правила биржевой торговли составляютъ биржевыми обществами и утверждаются министромъ торговли и промышленности. Само собою разумѣется, что министръ торговли и промышленности не можетъ входить въ оцѣнку представляемыхъ ему правилъ. При такомъ условіи утверждаемая министромъ правила, какъ снабженные извѣстнымъ авторитетомъ, могутъ быть явно несправедливы для той или другой стороны, а биржевой судья вынужденъ будетъ примѣнять ихъ въ силу предписаній закона. Въ

этомъ случаѣ правила биржевой торговли являются уже нормами *stricti juris*.

Такимъ образомъ, проектъ правилъ о биржевомъ судѣ если и можно разсматривать, какъ построенный на принципѣ третейскаго разбирательства, то не иначе какъ на началахъ принудительности, живо напоминающіе суды узаконенные, уже извѣстные русскому законодательству съ XVII ст. и закончившіе свое существованіе ко всеобщему удовлетворенію заинтересованныхъ круговъ во время судебной реформы 1864 г.

Къ этому необходимо добавить, что учреждая особые профессиональные биржевые суды, тѣмъ самымъ устраняется обширная группа учрежденій и лицъ, производящихъ торговлю или занимающихся промыслами внѣ биржъ, какъ напр., коммисіонныя, транспортныя, экспедиціонныя, страховыя и пр. предпріятія.

Вслѣдствіе сего, для успѣшнаго развитія отечественныхъ не только биржевыхъ, но вообще торговыхъ третейскихъ судовъ слѣдовало бы пересмотрѣть весь институтъ о третейскомъ судѣ, помѣщенномъ въ уставѣ гражд. судопроизводства (1367—1400), въ строгомъ соотвѣтствіи съ истинной природой этого договора, какъ всецѣло опирающагося на свободное волеизъявленіе сторонъ, избирающихъ именно эту форму правосудія. Германія въ этомъ отношеніи даетъ весьма поучительный примѣръ.

V.

Современныя воззрѣнія на природу третейскаго договора и договора сторонъ съ третейскими судьями.

(Compromissum и receptum).

Благодаря неустойчивости и неясности законодательствъ въ отношеніи нормированія института третейскаго суда, современная западно-европейская литература и судебная практика высказываютъ различныя взгляды на юридическую природу, какъ договора о третейскомъ судѣ (compromissum), такъ и договора сторонъ съ третейскими судьями (receptum).

Всѣ теоріи распадаются на двѣ главныя группы: однѣ стоятъ на той точкѣ зрѣнія, что третейскій договоръ имѣетъ публично-правовой характеръ, другія же теоріи высказываютъ взглядъ, что третейскій договоръ обладаетъ исключительно частно-правовымъ характеромъ.

*Теоріи, опредѣляющія третейскій договоръ, какъ публично-
правовой договоръ.*

Главнѣйшія соображенія о томъ, что третейскій договоръ имѣетъ публично-правовой характеръ, сводятся къ слѣдующему.

Исключеніе законнаго суда посредствомъ договора не является частнымъ правомъ гражданина ¹⁾. Въ третейскомъ же договорѣ, если

¹⁾ Hellwig, Anspruch und Klagerecht. Beiträge zum B. G. B. Jena 1900, стр. 159: «Своими частными правами стороны могутъ распоряжаться по своему усмотрѣнію, поскольку, въ видѣ исключенія, не установлено какого-либо ограниченія. Но право иска имѣетъ своимъ источникомъ публичное право и является правомъ въ отношеніи къ государству. Оно не можетъ погашаться по тѣмъ же основаніямъ, какъ права частныя. Принципіально отказъ отъ осуществленія права иска—ничтоженъ. Онъ такъ же ничто-

и не высказанъ въ буквальныхъ выраженіяхъ отказъ отъ обращенія къ государственному суду, все-таки ясна его цѣль—исключеніе рѣшенія спора посредствомъ государственнаго судьи. Не подвергается никакому сомнѣнію, что эта цѣль затрагиваетъ область не частнаго, но процессуальнаго права. Если правовой порядокъ придаетъ этому договору правовую дѣйствительность, то этимъ онъ объявляетъ его процессуально-правовымъ договоромъ; онъ допускаетъ частному произволу врываться въ область процессуальнаго права¹⁾.

Защитники этой теоріи все же признаютъ, что третейскій приговоръ покоится на договорѣ сторонъ, такъ какъ безъ договора нѣтъ дѣйствительнаго, имѣющаго законную силу третейскаго приговора. Но отсюда вовсе не слѣдуетъ, что дѣйствіе третейскаго приговора есть дѣйствіе, вытекающее изъ договора. Дѣйствіе законной силы, которое имѣетъ третейскій приговоръ, не является прямымъ слѣдствіемъ соглашенія сторонъ: оно покоится на повелѣніи государства. Третейскій договоръ не имѣетъ никакого вліянія на матеріально правовое состояніе правоотношеній, лежащихъ въ основѣ соглашенія²⁾.

Частный (т. е. не поддерживаемый закономъ) договоръ еще не долженъ быть поэтому непременно частно-правовымъ. Нельзя, напримѣръ, утверждать, что обязанность вести дѣло въ пророгированномъ судѣ есть частно-правовая на томъ основаніи, что она проистекаетъ изъ частнаго, т. е. добровольно заключеннаго част-

женъ, какъ и заявленный заранѣе отказъ отъ опредѣленныхъ процессуальныхъ правъ, напримѣръ, отказъ по договору отъ отдѣльныхъ способовъ доказательства или отъ права обжалованія еще не состоявшагося судебного рѣшенія. Отказъ отъ процессуальныхъ правъ возможенъ только въ предѣлахъ, указанныхъ процессуальнымъ кодексомъ и только въ установленныхъ имъ формахъ. Отнюдь нельзя признать разумѣющимся само собою, что можно отказаться путемъ соглашенія съ противникомъ отъ процессуальнаго права, которое отказывающійся имѣетъ въ отношеніи къ суду».

¹⁾ Bülow, Dispositives Civilprozessrecht въ Archiv für die civ. Praxis, Bd. 64, стр. I и сл. Ср. также Motive zum Entwurf einer preussischen Processordnung von 1864 къ §§ 1361—1389: «судебно-третейское производство для разрѣшенія гражданскихъ правовыхъ споровъ есть несомнѣнно процессуальное производство, не менѣе, чѣмъ то, которое ведется въ обычныхъ судахъ. Поэтому уставъ судопроизводства, не содержащій никакихъ постановленій на этотъ предметъ, былъ бы неполнымъ».

²⁾ Dernburg, Lehrbuch d. preuss. Privatrechts, § 142; Altenrath, Grundlage und Wirkung des Schiedsspruches, стр. 33 и сл.; Fehr, Das Schiedsgericht, стр. 20 и сл.

ными лицами договора. Въ виду того, что третейскій договоръ, обязывая стороны установить третейскій судъ и этимъ устраняетъ государственнаго судью, то по своему содержанію и эта часть является процессуально-правовою. Частно-правовая составная часть, состоящая въ обязанности установить третейскій судъ, является на самомъ дѣлѣ процессуально-правовою, такъ какъ она касается исполненія договора, заключеннаго въ силу диспозитивныхъ нормъ процессуальнаго кодекса.

Такъ какъ третейскій договоръ не носитъ частно правового характера, то,—утверждаетъ Колеръ,—не можетъ быть и иска объ исполненіи его ¹⁾.

Это мнѣніе Колера развивается Альтенратомъ такимъ образомъ ²⁾.

При заключеніи третейскаго договора воля сторонъ направлена на имѣющее послѣдовать рѣшеніе третейскаго суда, а это рѣшеніе можетъ имѣть только процессуальное дѣйствіе. Рѣшеніемъ въ данномъ случаѣ называется опредѣленіе относительно спорныхъ положеній, т. е. требованій съ точки зрѣнія права. Это не имѣетъ никакого вліянія на матеріальное право. Осуществленіе требованій предоставлено, какъ раньше, такъ и теперь, государственнымъ органамъ. Третейскому приговору придается сила рѣшенія не на основаніи третейскаго договора.

Матеріально правовое дѣйствіе третейскаго договора и примыкающее къ нему дѣйствіе третейскаго приговора не можетъ быть выведено изъ заключающагося въ третейскомъ договорѣ обѣщанія исполненія, такъ какъ современныя законодательства не признаютъ такого обѣщанія исполненія.

Если бы допустить, что дѣйствіе обѣщанія исполнить идетъ на ряду съ дѣйствіемъ законной силы, то выигравшему процессъ представлялся бы выборъ—или осуществить обязательство изъ договора, или, на основаніи дѣйствія законной силы, — просить объ исполненіи приговора. Новое требованіе, образованное посредствомъ договора въ соединеніи съ третейскимъ приговоромъ должно было бы получить свое осуществленіе въ государственномъ процессѣ ³⁾.

¹⁾ Kohler, Ueber prozessrechtliche Verträge und Kreationen въ Gruchots Beiträgen, т. XXXI, стр. 321 и сл.

²⁾ Altenrath указ. соч. стр. 35 и сл.

³⁾ Weizsäcker, Das römische Schiedsrichteramt unter Vergleichung mit dem officium judicis, стр. 91.

Но какъ разъ этого нужно было избѣжать, а потому законодательство сообщаетъ третейскому приговору законную силу.

За процессуальный характеръ института говоритъ также и то обстоятельство, что громадное большинство позитивныхъ законодательствъ нормируетъ его въ процессуальныхъ уставахъ, а не матеріальныхъ уложеніяхъ¹⁾.

Германскій Z. P. O., по мнѣнію Альтенрата²⁾, не оставляетъ никакихъ сомнѣній относительно характера договора и области его дѣйствія. Въ § 1025 третейскій договоръ опредѣляется какъ «соглашеніе о томъ, чтобы правовой споръ былъ переданъ на разрѣшеніе одного или нѣсколькихъ третейскихъ судей». Альтенратъ обращаетъ вниманіе на то, что здѣсь говорится о разрѣшеніи, а не о регулированіи правового спора, какъ полагаетъ Гайюмъ³⁾. Такимъ образомъ не предполагается, что стороны намѣреваются во что бы то ни стало урегулировать вопросъ: тогда главной цѣлью третейскаго суда было бы уничтожить споръ и ради этой цѣли побудить стороны къ взаимнымъ уступкамъ и существенно сократить требованія. Третейскій судъ былъ бы въ такомъ случаѣ скорѣе мировымъ институтомъ, а не судомъ. Законъ понимаетъ это иначе и предусматриваетъ, что желаніе сторонъ направлено на рѣшеніе дѣла по правовымъ принципамъ.

По мнѣнію сторонниковъ этого воззрѣнія, отъ публично правового характера третейскаго договора находятся въ зависимости слѣдующіе факты: 1) на основаніи третейскаго договора можно требовать, чтобы въ нѣкоторыхъ случаяхъ государственный судъ оказалъ третейскому суду правовую поддержку, 2) третейскій договоръ даетъ одной сторонѣ право просить государственный судъ о назначеніи третейскихъ судей въ томъ случаѣ, если другая сторона препятствуетъ избранію ихъ, 3) третейскіе судьи несутъ одинаковую отвѣтственность съ государственными судьями и въ нѣкоторыхъ случаяхъ имѣютъ съ ними значительное сходство⁴⁾.

Однако и среди защитниковъ теоріи публично правового характера третейскаго договора встрѣчаются разногласія относительно того, какое мѣсто долженъ занимать этотъ договоръ въ системѣ публичнаго права. Наиболѣе распространенными являются теоріи,

¹⁾ Fehr указ. соч. стр. 25.

²⁾ Altenrath указ. соч. стр. 34 и сл.

³⁾ Hayum указ. соч., стр. 11.

⁴⁾ Ploss, Theorie des Klagerechts, Leipzig, 1880, стр. 82 и сл. Fehr указ. соч., стр. 25 и сл.

что третейскій договоръ есть: 1) пророгационный договоръ, 2) процессуальный договоръ и 3) новация.

Вейцсекеръ первый провозгласилъ, что компромиссъ есть *пророгационный договоръ*, такъ какъ стороны только опредѣляютъ себѣ подсудность по возникшему у нихъ спору ¹⁾. Но это сравненіе не можетъ имѣть мѣста, потому что пророгационный договоръ имѣетъ своею цѣлью основать опредѣленный государственный форумъ, въ то время какъ компромиссъ стремится къ исключенію таковаго. Основаніе несходства, замѣчаетъ Гайюмъ ²⁾, заключается въ совершенно различныхъ цѣляхъ этихъ двухъ договоровъ: при пророгации—установленіе опредѣленнаго суда является единственною цѣлью договора, при компромиссѣ — исключеніе государственнаго правосудія есть только необходимое слѣдствіе договора, цѣлью котораго является урегулированіе самого спорнаго отношенія, лежащаго въ основѣ соглашенія. Здѣсь устанавливается не только частный судъ, но регулируется спорное правоотношеніе посредствомъ соглашенія сторонъ. Воля сторонъ направлена на полученіе третейскаго приговора, относительно котораго заключено соглашеніе, хотя индивидуально по своему конкретному содержанію онъ является для нихъ неизвѣстнымъ, но онъ черпаетъ свою силу исключительно и единственно изъ соглашенія ³⁾.

Являясь сторонникомъ теоріи публично правового характера третейскаго суда, Феръ ⁴⁾ также возражаетъ противъ отождествленія ея съ пророгационнымъ договоромъ.

Главной побудительной причиной соглашенія о третейскомъ судѣ, говоритъ онъ, является свобода отъ всякихъ формальностей; стороны имѣютъ въ виду самый характеръ производства не менѣе, чѣмъ справедливый приговоръ третейскаго судьи. Это съ совершенной ясностью видно изъ того, что очень часто третейскій договоръ заключается въ то время, когда на лицо еще нѣтъ правового спора.

¹⁾ Weizsäcker, Das röm. Schiedsrichteramt unter Vergleichung mit dem officium judicis, стр. 99: «въ компромиссѣ стороны заключаютъ мировую сдѣлку относительно лица, которое должно произнести для нихъ право; относительно самого предмета спора онѣ не заключаютъ никакого соглашенія и не желаютъ его заключать».

²⁾ Naum указ. соч., стр. 10.

³⁾ Kohler находитъ для обоихъ договоровъ то общее, что дѣло исключается отъ обсужденія законнымъ судомъ. См. Naum, указ. соч., стр. 11.

⁴⁾ Fehr указ. соч., стр. 23.

Простое исключеніе государственнаго суда безъ указанія опредѣленнаго способа окончанія спора—недопустимо. Такъ какъ третейскій судъ представляетъ собою замѣну государственнаго правосудія, то третейскій договоръ существенно отличается отъ пророгаціоннаго договора. Послѣдній основываетъ компетентность государственнаго суда, тогда какъ третейскій договоръ именно и исключаетъ ее. Третейскій договоръ создаетъ новый частный судъ, а пророгаціонный договоръ выбираетъ тотъ или другой изъ существующихъ государственныхъ судовъ.

Отсюда вытекаетъ, что *третейскій договоръ вообще не является процессуальнымъ договоромъ*, какъ это старается доказать Колеръ¹⁾.

Согласно опредѣленію Колера, процессуальнымъ договоромъ является такой правовой актъ, который имѣетъ цѣлью прямое процессуальное дѣйствіе. Совершенно справедливо возражаетъ Гайюмъ²⁾, что это опредѣленіе понятія слишкомъ обще, чтобы съ нимъ можно было оперировать. Если понимать подъ процессуальнымъ дѣйствіемъ каждое дѣйствіе въ процессѣ, то процессуальнымъ явится также и *beneficium excussionis*, которымъ поручитель пользуется противъ притязаній къ нему со стороны кредитора, потому что и оно также постольку проявляетъ свое дѣйствіе въ процессѣ, поскольку оно одно въ состояніи привести процессъ къ концу.

Въ процессуальныхъ договорахъ Гайюмъ различаетъ два класса. Одинъ классъ состоитъ изъ такихъ, которые становятся процессуальными только потому, что предпринимаются во время процесса и въ формѣ предусмотрѣнной закономъ. По своей природѣ эти договоры матеріально-правового характера, но вслѣдствіе того, что искъ уже предъявленъ и процессъ начатъ, затрагиваютъ основанное между сторонами процессуальное отношеніе и вслѣдствіе этого могутъ быть названы процессуальными (напр. признаніе и отказъ). Другой классъ образуется изъ такихъ актовъ, которые въ уже начатомъ или начинаемомъ процессѣ касаются предположеній и дальнѣйшаго хода дѣла, ведущаго къ окончанію спора и всего производства передъ государственнымъ судомъ. Они допустимы лишь постольку, поскольку законъ имѣетъ диспози-

¹⁾ Kohler, Ueber prozessrechtliche Verträge und Kreationen въ Gruchot's Beiträgen, т. XXXI, стр. 278.

²⁾ Hayum указ. соч., стр. 11.

тивный характеръ. Но для третейскаго договора не требуется признанія законодателемъ его допустимости. Онъ былъ бы допустимъ даже и въ томъ случаѣ, если бы законъ совершенно умолчалъ о немъ. Согласно этому, процессуальнымъ является пророгаціонный договоръ, а не третейскій ¹⁾).

За процессуальный характеръ третейскаго договора ничего не говоритъ и приводимое Колеромъ соображеніе, что компромиссъ исключаетъ процессъ и результатъ третейскаго суда долженъ окончить споръ аналогично результату процесса. Но въ этомъ случаѣ пришлось бы приписать процессуальный характеръ каждой мировой сдѣлкѣ, даже не судебной ²⁾).

Слишкомъ далеко заходитъ Майеръ, когда онъ въ третейскомъ договорѣ, какъ и въ *litis contestatio* при официальномъ процессѣ видитъ *новацию* ³⁾. Онъ исходитъ изъ того положенія, что приговоръ основываетъ обязательство—*obligatio judicati*,—которое цѣликомъ заступаетъ мѣсто первоначальной *obligatio*, а относительно *litis contestatio* это подтверждали частью посредствомъ отнесенія этого дѣйствія на моментъ *litis contestatio*, частью тѣмъ, что формулу, издаваемую преторомъ объявляли приговоромъ *in hypothesis* ⁴⁾. Майеръ упустилъ здѣсь изъ виду то обстоятельство, что при третейскомъ договорѣ дѣло идетъ не о погашеніи стараго обяза-

¹⁾ Колеръ признаетъ еще третій классъ — процессуальный договоръ внѣ процесса, который не будучи частью процесса, вліяетъ на процессъ. См. Наум, указ. соч., стр. 13. Тибо вмѣстѣ съ мировой сдѣлкой подводитъ третейскій договоръ подъ понятіе «мѣшающихъ процессу договоровъ» Thibaut, Pandekten (8 Aufl.) § 577.

²⁾ Wach въ Gruchots Beitr. т. XXX, стр. 791 замѣчаетъ: «то, что мировая сдѣлка есть исполнительный листъ, не доказываетъ само по себѣ процессуальной природы института: она могла быть точно также актомъ добровольнаго правосудія». См. Gayum указ., соч. стр. 14.

³⁾ Mayer, Vereinbarung Schiedsrichterlicher Rechtsentscheidung, Erlanger, 1888, стр. 11.

⁴⁾ Альтенратъ усматриваетъ здѣсь логическое противорѣчіе. Лежащее въ основѣ требованіе сначала должно быть подвергнуто новациі, т. е. уничтожено, а затѣмъ снова подвергаться разслѣдованію съ точки зрѣнія его законности. Нельзя также указывать на аналогію съ *litis contestatio*, такъ какъ эта конструкція сама по себѣ имѣетъ слабыя стороны и къ тому же тамъ идетъ дѣло о публичномъ правѣ, тогда какъ здѣсь хотятъ остаться всецѣло на почвѣ частнаго права. См. Altenrath, указ. соч., стр. 11. Ср. также Savigny, System d. heut. röm. Rechts, т. VI, стр. 305; Schutze, Privatrecht und Prozess in ihrer Wechselbeziehung, 1883, т. I, стр. 233 и сл., 272; Наум указ. соч., стр. 17.

тельства и созданіи новаго, абстрактнаго, а о созданіи болѣе обширнаго основанія для требованія по старому обязательству. Въ виду того, что при заключеніи третейскаго договора нѣтъ точнаго и окончательнаго регулированія правоотношенія, то ни въ коемъ случаѣ нельзя говорить о какой либо новациі. Подобно новациі дѣйствуетъ только третейскій приговоръ, когда посредствомъ этого приговора уничтожается право иска изъ подлежащаго основанія и возникаетъ новое основаніе. До вынесенія третейскаго приговора, или до уничтоженія третейскаго договора, притязаніе находится *in suspenso* ¹⁾.

Третейскій договоръ и мировая сдѣлка.

Переходной ступенью къ правильному воззрѣнію на природу третейскаго договора является взглядъ, что третейскій договоръ аналогиченъ мировой сдѣлкѣ.

Гайюмъ ²⁾ называетъ третейскій договоръ условною мировою сдѣлкою не только по содержанію, но и по своему дѣйствию. Даубеншпекъ ³⁾ идетъ значительно далѣе и утверждаетъ, что разъ стороны пришли къ соглашенію рѣшить дѣло третейскимъ судомъ, то споръ уже оконченъ, какъ при мировой сдѣлкѣ. Бетманъ-Голлвегъ ⁴⁾ замѣчаетъ, что третейскій договоръ имѣетъ частно-правовой характеръ мировой сдѣлки, прекращающей споръ. Правильную оцѣнку этимъ воззрѣніямъ дѣлаетъ Альтенратъ ⁵⁾.

Прежде всего, говорилъ онъ, мировая сдѣлка имѣетъ гораздо болѣе общую цѣль, чѣмъ третейскій договоръ. Въ то время какъ Ришъ и Бюловъ видятъ сущность ея въ спорности правоотношеній, Эртманъ ⁶⁾ выставляетъ въ качествѣ предположенія для *transactio*—сомнѣніе въ опредѣляющихъ отношеніяхъ.

Мировая сдѣлка вмѣстѣ съ тѣмъ устраняетъ это сомнѣніе прямымъ путемъ, посредствомъ договорнаго постановленія, что

¹⁾ Hayum указ. соч. стр. 17.

²⁾ Hayum указ. соч., стр. 15; см. также Haeger указ. соч., стр. 54 и сл.; Risch, Die Lehre vom Vergleich, Erlanger 1855, стр. 10; Bülow, Absolute Rechtskraft въ Archiv für civil Prax. Bd. 83, стр. 83 и сл.

³⁾ Daubenspeck, Die Schiedsgerichte für Regulierung der Bergschäden, стр. 7.

⁴⁾ Bethmann-Hollweg, Civilprozess des gemeinen Rechts, т. II, стр. 109.

⁵⁾ Altenrath указ. соч., стр. 29 и сл.

⁶⁾ Oertmann, Der Vergleich im gemeinen Zivilrecht, Berlin 1895, стр. 51 и сл.

нельзя сказать о третейскомъ договорѣ. Далѣе, у третейскаго договора отсутствуетъ тотъ существенный для мировой сдѣлки моментъ, что новое договорное постановленіе является слѣдствіемъ взаимныхъ уступокъ. Стороны, представляющія свой споръ на разрѣшеніе третейскаго суда, никакихъ уступокъ другъ другу не дѣлаютъ. Ихъ нежеланіе представить споръ въ государственный судъ, является не уступкой, но взаимнымъ хорошо взвѣшеннымъ намѣреніемъ. Онѣ не отказываются, какъ думаетъ Гайюмъ ¹⁾, при условіи *nulla necessitate cogente* отъ своего воззрѣнія, отъ своего предполагаемаго права. Но такъ какъ онѣ не кончаютъ миромъ, не дѣлаютъ другъ другу никакихъ уступокъ, то имъ остается только двѣ дороги, и то, что онѣ выбираютъ именно эту — вовсе не является уступкой. Единственное сходство у мировой сдѣлки и компромисса состоитъ въ томъ, что оба эти института стремятся разрѣшить споръ безъ обращенія къ правительственному суду. То, что рѣшеніе спора происходитъ помимо суда, есть отрицательный критерій, который, поэтому, не привноситъ ничего къ ихъ характеристикѣ. Здѣсь умѣстно замѣчаніе Виндшейдта ²⁾, отмѣченное Альтенратомъ, что правовыя особенности мировой сдѣлки проистекаютъ болѣе изъ ея существа, какъ договора, чѣмъ какъ окончанія спора. Не то существенно, что споръ разрѣшенъ, но то, какъ онъ разрѣшенъ. При мировой сдѣлкѣ это происходитъ непосредственно, путемъ взаимныхъ уступокъ. При третейскомъ разбирательствѣ—напротивъ: при посредствѣ третьяго лица и безъ взаимныхъ уступокъ. При третейскомъ разбирательствѣ стороны имѣютъ въ виду осуществить свое право полностью. Совсѣмъ не то усматривается при мировой сдѣлкѣ. Такимъ образомъ, то обстоятельство, что компромиссъ разрѣшаетъ правовой споръ помимо суда не даетъ никакихъ основаній дѣлать аналогію между нимъ и мировой сдѣлкой.

Если допустить аналогію третейскаго договора съ мировой сдѣлкой, прибавляетъ Феръ, то «мы въ корнѣ ошиблись бы, потому что до произнесенія приговора третейскимъ судьей, правовой споръ не разрѣшенъ — содержаніе третейскаго договора не касается самого правоотношенія, оно просто направлено на то, чтобы организовать особый разборъ притязаній изъ этого право-

¹⁾ Hayum указ. соч., стр. 15.

²⁾ Windscheid, Pandekten, § 413: «Мировая сдѣлка есть договоръ, посредствомъ котораго стороны путемъ взаимныхъ уступокъ устраняютъ существующую неувѣренность относительно какого-либо притязанія».

отношенія». Третейскій судъ можетъ по какой либо причинѣ не состояться и правовой споръ остается налицо, какъ и прежде, до тѣхъ поръ, пока не вынесенъ приговоръ ¹⁾).

Третейскій договоръ—частно-правовой договоръ.

При опредѣленіи природы третейскаго договора необходимо имѣть въ виду, что этотъ договоръ заключаетъ въ себѣ два элемента, а именно: 1) подчиненіе рѣшенію третейскихъ судей и 2) исключеніе нормальной судебной защиты путемъ установленія третейскаго суда ²⁾).

Достиженіе третейскаго рѣшенія является цѣлью всего договора. Стороны хотятъ получить рѣшеніе, которое должно имъ замѣнить рѣшеніе короннаго суда и урегулировать ихъ спорныя правоотношенія. Этимъ намѣреніемъ сторонъ обусловливается двоякій результатъ. Если истцу третейскимъ рѣшеніемъ въ его искѣ отказано, онъ не долженъ возобновлять противъ отвѣтчика тотъ же искъ; онъ потерялъ свое притязаніе, такъ какъ онъ—на случай отказа въ искѣ—заранѣе отказался отъ своего права и призналъ право противника. Если искъ присужденъ, отвѣтчикъ обязанъ исполнить третейское рѣшеніе и эвентуально можетъ быть принужденъ къ этому въ порядкѣ принудительнаго исполненія.

Такимъ образомъ, третейское рѣшеніе окончательно разрѣшаетъ гражданско-правовыя отношенія сторонъ; поскольку третейскій договоръ ставитъ себѣ цѣлью достигнуть третейскаго рѣшенія, которому стороны заранѣе подчиняются, онъ имѣетъ чисто гражданско-правовой характеръ ³⁾).

Вторымъ элементомъ третейскаго договора является исключеніе короннаго суда. Благодаря этому, какъ выше было изложено, защитники теоріи публично - правового характера третейскаго договора утверждаютъ, что договоръ этотъ касается не самого спорнаго права, а только его осуществленія, а посему договоръ направленъ на урегулированіе процессуальнаго производства, т. е. публичнаго права. Но эта конструкція неправильна, поскольку она касается момента исключенія нормальной подсудности.

Прежде всего, когда рѣчь идетъ о третейскомъ договорѣ, то нельзя говорить объ абсолютной некомпетентности вообще компе-

¹⁾ Fehr указ. соч., стр. 22.

²⁾ Naeger указ. соч., стр. 42 и сл.

³⁾ Ср. Mayer указ. соч., стр. 33, 6

тентнаго государственнаго суда. Она исключается лишь временно, такъ какъ офиціальный правовой путь самъ собою вновь открывается въ томъ случаѣ, если третейскій судъ не можетъ быть установленъ или не можетъ придти къ предусматриваемому закономъ рѣшенію, или же, наконецъ, если стороны пришли къ соглашенію объ обращеніи для разрѣшенія спора въ государственный судъ¹⁾.

Можно допустить, что судебный процессъ заключаетъ въ себѣ публично-правовой элементъ, такъ какъ право иска осуществляется въ формахъ, установленныхъ государствомъ для отыскиваемой у него судебной защиты; такимъ образомъ, право иска является въ извѣстной мѣрѣ правомъ въ отношеніи къ государству²⁾. Но отсюда еще не слѣдуетъ, чтобы рѣшеніе воспользоваться или не воспользоваться этимъ правомъ иска также принадлежало къ сферѣ публичнаго права. Напротивъ того, это—совершенно частное дѣло, ни въ чемъ несвязанное съ публичнымъ порядкомъ; отъ свободнаго усмотрѣнія лица зависитъ, желаетъ ли оно, использовать принадлежащее ему публичное право, считаетъ ли оно съ точки зрѣнія своихъ частныхъ интересовъ, цѣлесообразнымъ требовать, путемъ предъявленія иска той защиты своихъ частныхъ правъ, которую государство даетъ ему въ видѣ опредѣленнымъ образомъ организованнаго судебного процесса. А если отдѣльное лицо можетъ отказаться отъ предоставленнаго ему права въ отношеніи къ государству, то это дозволено и двумъ лицамъ. Такимъ образомъ, отказъ не теряетъ своего чисто гражданско-правового значенія.

Не затрагиваетъ сферы публичнаго права и самый установленный договоромъ третейскій процессъ, ибо онъ представляетъ собою не что иное, «какъ исполненіе частнаго третейскаго договора, правоотношеніе, развивающееся на основѣ третейскаго договора»³⁾.

1) Seuffert's Archif für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten, т. 35, № 121. См. Hayum, указ. соч., стр. 8.

2) Haeger указ. соч., стр. 44 и Hellwig указ. соч., стр. 159.

3) Ср. живое описаніе у Merlin, Recueil de questions de droit, т. V, стр. 125: «именно изъ компромисса третейское рѣшеніе черпаетъ свою сущность; оно имѣетъ, какъ и компромиссъ, характеръ договора; и, въ сущности, оно является только исполненіемъ порученія, которое стороны даютъ третейскимъ судьямъ; оно является, собственно говоря, только соглашеніемъ, которое стороны подписываютъ руками этихъ послѣднихъ». См.

Не противорѣчитъ этому и то обстоятельство, что опредѣленія касательно третейскаго процесса введены въ процессуальный кодексъ; ибо руководились при этомъ единственно соображеніями цѣлесообразности, и характера третейскаго договора это измѣнить не могло ¹⁾.

Постановленія процессуальнаго закона категорически гарантируютъ право сторонъ свободно избирать себѣ судей. Государство провозглашаетъ, такимъ образомъ, тотъ принципъ, что использованіе права иска, гарантируемаго имъ гражданамъ, предоставлено ихъ свободному усмотрѣнію; нормируя третейскій процессъ, оно даже тѣмъ самымъ указываетъ, какимъ образомъ граждане и безъ помощи государства могутъ достигнуть той цѣли, къ которой они иначе могутъ придти только путемъ обращенія къ государственному суду и съ соблюденіемъ нормъ, фиксирующихъ дѣятельность этихъ послѣднихъ. Само государство признаетъ, такимъ образомъ, что оно не считаетъ право иска передъ общимъ судомъ настолько важнымъ, чтобы стороны были не въ правѣ отъ него отказаться. Съ другой стороны и сами тяжущіеся не считаютъ государственный судъ безусловно необходимымъ, предпочитая въ отдѣльныхъ случаяхъ не прибѣгать къ его содѣйствію и защищать свои права инымъ путемъ.

Уже изъ сказаннаго видно, что заключеніе третейскаго договора не затрагиваетъ сферы публичнаго права и порядка. Въ противоположность мнѣнію Гельвига ²⁾ слѣдуетъ замѣтить, что право иска, какъ таковое, третейскимъ договоромъ вовсе не отмѣняется; оно не прекращается, а только парализуется и притомъ до тѣхъ поръ, пока третейскій договоръ сохраняетъ законную силу. Путемъ обжалованія

также Foelix-Demangeat, *Droit international*, 2 изд., т. II, стр. 157, 158; Kohler въ *Grüchots Beiträgen*, т. XXXI, стр. 488. См. Наум указ. соч., стр. 4. Drechsler въ *Archiv für zivilistische Praxis* т. LXII, стр. 434 полагаетъ: «что касается третейскаго производства, то оно не подходитъ подъ понятіе гражданскій процессъ, ибо предоставленіе, въ силу соглашенія сторонъ, опредѣленнымъ лицамъ разрѣшить правовой споръ—есть чисто гражданская юридическая сдѣлка и самый третейскій процессъ только заканчиваетъ гражданское правоотношеніе». См. Naeger указ. соч., стр. 45 и Наум указ. соч., стр. 4.

¹⁾ Во всякомъ случаѣ этотъ фактъ совсѣмъ не убѣдителенъ, потому что онъ касается внѣшнихъ моментовъ; въ процессуальныхъ законахъ нерѣдко находятся частно-правовыя нормы и наоборотъ. Ср. Fehr указ. соч., стр. 24; Наум указ. соч., стр. 2 и сл.

²⁾ Hellwig указ. соч., стр. 159.

дѣло вновь можетъ перейти въ коронный судъ, какъ только обнаружится либо невозможность достигнуть третейскаго рѣшенія, либо наличность въ послѣднемъ такого дефекта, въ силу коего судъ не сможетъ санкціонировать его исполненія. Но даже и это ограниченное исключеніе государственнаго суда не есть цѣль договора, а только необходимый результатъ его цѣли, каковою является достиженіе третейскаго рѣшенія.

Такъ какъ послѣднее имѣетъ чисто гражданско-правовой и отнюдь не процессуальный характеръ, то и тотъ путь, которымъ оно достигается, не входитъ въ сферу публичнаго права. Исключеніе государственнаго суда представляетъ такимъ образомъ, какъ и подчиненіе третейскому рѣшенію, гражданско-правовой элементъ третейскаго договора ¹⁾).

На этой же точкѣ зрѣнія стоитъ германская судебная практика. Имперскій судъ въ одномъ изъ своихъ рѣшеній ²⁾ высказываетъ взглядъ, что если подчиненіе третейскому суду составляетъ предметъ договора, то содержаніе проявленной въ немъ воли сторонъ должно быть разсматриваемо какъ предметъ матеріальнаго права, регулируемаго матеріально-правовыми нормами и должно заключать въ себѣ всѣ тѣ моменты, которые законъ, дѣйствовавшій во время заключенія договора, относитъ къ необходимымъ элементамъ договора, обуславливающимъ его законную силу. Такой законъ есть не процессуальная, а матеріально-правовая норма, ибо онъ нормируетъ только частныя волеизъявленія, служащія составными частями договора, и устанавливаетъ условія, необходимыя для ихъ юридическаго бытія.

Третейское рѣшеніе безъ сомнѣнія имѣетъ, по своему значенію для сторонъ, нѣкоторое сходство съ судебнымъ рѣшеніемъ, т. е. съ актомъ публичнаго характера. Правовой споръ поглощается третейскимъ рѣшеніемъ, и опредѣленіе третейскаго судьи имѣетъ рѣшающее значеніе въ предѣлахъ соотвѣтственнаго правоотношенія. Разныя законодательства придаютъ ему поэтому въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ значеніе вступившаго въ законную силу рѣшенія суда. Всѣ возраженія, которыя отвѣтчикъ могъ бы противопоставить иску въ третейскомъ процессѣ, этимъ послѣднимъ уже разрѣшены и не могутъ быть заявлены вновь.

Несмотря на все это, третейское рѣшеніе не касается публич-

¹⁾ Haeger указ. соч., стр. 46.

²⁾ Reichsgericht у Seuffert'a 38, № 119.

ной власти. Ибо, хотя всѣ указанныя послѣдствія базируются на велѣніи государства, но все же основою и источникомъ ихъ служить воля сторонъ, направленная на то, чтобы имѣющее состояться третейское рѣшеніе признавалось обязательнымъ. Государство только признало, путемъ категорическаго велѣнія закона, эту частную волю дѣйствительною; поэтому источникомъ, придающимъ третейскому рѣшенію силу окончательно урегулировать правоотношенія сторонъ, является не государство, а воля сторонъ. Государство ограничивается тѣмъ, что опредѣляетъ въ своихъ законахъ, что и оно съ своей стороны будетъ признавать эту волю, какъ правомѣрную и рѣшающую. Хотя третейское рѣшеніе имѣетъ, такимъ образомъ, въ опредѣленныхъ отношеніяхъ функцію судебного рѣшенія, но въ существѣ это не дѣлаетъ его актомъ государственнаго авторитета; оно остается выраженіемъ воли сторонъ, изъ которой только и почерпаетъ свою силу и значеніе ¹⁾.

Третейскій процессъ исключаетъ всякое содѣйствіе публичной власти. Французское законодательство даже отвергаетъ наличность третейскаго договора уже въ томъ случаѣ, если при заключеніи его заграницею мѣстный коронный судья участвовалъ, въ силу законовъ своей страны, въ избраніи третейскаго судьи ²⁾, а въ Австріи лица судейскаго званія вообще не могутъ быть избираемы въ третейскіе судьи.

Существо третейскаго договора противорѣчило бы, далѣе, если органъ, о рѣшеніи коего идетъ рѣчь, пользуется при осуществленіи своихъ функцій принудительною властью, санкціонированною авторитетомъ государства,—если, напримѣръ, въ силу закона всѣ споры, возникающіе изъ опредѣленныхъ правоотношеній и между лицами, связанными этими правоотношеніями, подлежатъ исключительно разрѣшенію третейскихъ судовъ (такъ называемые обязательные или узаконенные третейскіе суды). Компетенція послѣднихъ вытекаетъ непосредственно изъ закона, правосудіе отправляетъ здѣсь инстанція, авторизированная государствомъ и независимая отъ воли сторонъ и слово «третейскій судъ» означаетъ здѣсь только то, что этотъ судъ долженъ постановлять свои рѣшенія на основѣ принципа справедливости. Но само рѣшеніе базируется, какъ и при общей юрисдикціи, на принудительной власти государства; это не

¹⁾ Kohler, *Gesammelte Beiträge zum Zivilprozess*, Berlin 1894, стр. 239; Daubenspeck указ. соч. стр. 13, 63; Haeger указ. соч. стр. 49.

²⁾ Haeger, *Die Vollstreckung von Urteilen* §§ 42, 47 и его-же *Schiedsgerichte*, стр. 48.

«третейское», а въ полномъ значеніи этого слова судебное рѣшеніе ¹⁾).

Цѣль третейскаго разбирательства заключается въ томъ, чтобы выяснить дѣйствительное положеніе дѣла, установить справедливость или несправедливость оспоренныхъ фактовъ, словомъ—дать третейскому судѣ возможность постановить рѣшеніе, соотвѣтственно обстоятельствамъ дѣла. Такимъ образомъ, оно имѣетъ для третейскаго рѣшенія то же значеніе, какое имѣетъ для судебного рѣшенія обыкновенная судебная процедура. Но это не есть, однако, процессъ въ собственномъ смыслѣ, а только *аналогичное процессу производство* ²⁾. Оно по самой природѣ своей должно быть свободно отъ тѣхъ ограниченій, какія возлагаетъ на судью формальный процессъ. Ибо въ обыкновенномъ процессѣ формальность процедуры необходима въ силу враждебнаго отношенія сторонъ другъ къ другу, продолжающагося и во время производства передъ судомъ. Отвѣтчикъ является въ судъ не по собственному побужденію, а въ силу принужденія, осуществляемаго судьей именемъ государства; онъ является съ тѣмъ, чтобы дать отвѣтъ за свой образъ дѣйствій, чтобы защитить себя противъ иска и отразить нападеніе истца. Каждый тяжущійся утверждаетъ въ процессѣ, что право всецѣло на его сторонѣ, а неправъ на сторонѣ противника. Установить строго формальное право—такова задача, для которой процессъ долженъ дать судѣ соотвѣтственные средства. Этимъ объясняется необходимость формальныхъ процессуальныхъ нормъ ³⁾.

Положеніе сторонъ передъ третейскимъ судьей—существенно иное. Намѣреніе ихъ заключается здѣсь именно въ томъ, чтобы избѣгнуть формальнаго процесса. Добровольно подчиняясь третейскому рѣшенію, каждый тяжущійся тѣмъ самымъ отказывается отъ односторонняго убѣжденія, что только онъ правъ, а противникъ всецѣло неправъ. Такимъ образомъ отпадаетъ для обѣихъ сторонъ подозрѣніе, что онѣ вопреки собственному убѣжденію хотятъ провести неправомѣрное притязаніе, и поэтому третейскій процессъ не нуждается для выясненія истины въ той системѣ особыхъ гарантій, съ которыми связанъ процессъ судебный. Достаточно того, что третейскому судѣ дается возможность выслушать основанія, на коихъ стороны строятъ свои взаимныя притязанія, и, въ силу

¹⁾ Они представляютъ собою инстанціи, аналогичныя административнымъ судамъ. См. Naeger, указ. соч., стр. 48.

²⁾ Naeger указ. соч. стр. 51.

³⁾ Naeger указ. соч. стр. 52.

знакомства съ обстоятельствами дѣла, составить себѣ добросовѣстное правовое убѣжденіе. Средства, которыми онъ для этого долженъ пользоваться, какъ и сама цѣль, всегда индивидуальны и должны быть приспособлены къ конкретнымъ условіямъ. Они либо опредѣляются самими сторонами по ихъ свободному соглашенію въ третейскомъ договорѣ, или же предоставляется свободному усмотрѣнію самого третейскаго судьи, въ какихъ предѣлахъ и формахъ онъ хочетъ уяснить себѣ положеніе спорнаго дѣла. Поэтому третейскіе судьи въ общемъ не связаны дѣйствующими процессуальными законами ¹⁾. Этому видимо противорѣчитъ то обстоятельство, что въ процессуальныхъ уставахъ имѣются опредѣленные постановленія касательно третейскаго производства, напр., что стороны должны быть заслушаны и законно представлены. Но такого рода опредѣленія слѣдуетъ объяснить тѣмъ, что при несоблюденіи ихъ мы имѣли бы процессъ, не соотвѣтствующій самой природѣ правового государства. Третейскій процессъ, чуждый основныхъ принциповъ общегражданскаго процесса, вообще не былъ бы процессомъ правовымъ, и постановленное въ такомъ процессѣ рѣшеніе должно бы признаваться недѣйствительнымъ. Указанныя опредѣленія закона о третейскомъ производствѣ представляются поэтому въ существѣ излишними; ихъ необходимо было бы соблюдать и въ томъ случаѣ, если бы онѣ не были категорически предусмотрѣны закономъ ²⁾.

Другія опредѣленія, напр. о порядкѣ храненія и доставленія тяжущимся третейскаго рѣшенія, существенны только съ точки зрѣнія исполненія рѣшенія, каковое процессуальные уставы нерѣдко ставятъ въ зависимость отъ соблюденія указанныхъ опредѣленій закона. Третейскій процессъ и третейское рѣшеніе, какъ таковыя, этимъ не затрагиваются. Рѣшеніе остается въ силѣ и въ томъ случаѣ, если оно не было охранено или доставлено въ порядкѣ, указанномъ процессуальнымъ уставомъ; но то и другое должно быть восполнено впослѣдствіи, если заявляется требованіе, чтобы судъ постановилъ объ исполненіи третейскаго рѣшенія.

Все производство протекаетъ такимъ образомъ не въ строгихъ формахъ обыкновеннаго процесса, а либо въ томъ порядкѣ, какой установленъ *свободнымъ соглашеніемъ сторонъ* въ ихъ тре-

¹⁾ Mayer указ. соч., стр. 85; v. Lindheim, указ. соч., стр. 5; Haffner, указ. соч., стр. 18 и сл.; Haeger указ. соч. стр. 52.

²⁾ Стороны вправе, впрочемъ, и отказаться отъ ихъ соблюденія, напр., по германскому уставу. Ср. Haeger, Die Vollstreckung von Urteilen § 15 и Schiedsgerichte, стр. 53.

тейскомъ договорѣ, или же въ порядкѣ, какой сами третейскіе судьи признаютъ *по своему свободному усмотрѣнію* практически цѣлесообразнымъ; во всякомъ случаѣ порядокъ этотъ опредѣляется *частнымъ волеизъявленіемъ* лицъ; сферы публичнаго правопорядка это не затрагиваетъ ¹⁾).

Въ заключеніе слѣдуетъ привести слѣдующія два сравненія третейскаго договора. Одно сдѣлано Ришемъ, а другое Гайюмомъ. Дѣйствіе третейскаго договора, говоритъ Ришъ ²⁾, проявляется не въ томъ видѣ, какъ при процессуальномъ производствѣ, слѣдующемъ за предъявленіемъ иска и вызываемомъ послѣднимъ, но въ видѣ дѣйствія, напримѣръ, договора купли, въ видѣ обязательства покупателя и продавца, вытекающаго изъ договора купли-продажи.

Соглашаясь съ аналогіей Риша, Гайюмъ ³⁾ болѣе удачно приводитъ для сравненія третейскаго производства при вексельномъ договорѣ. Къ обоимъ столь различнымъ договорамъ примыкаютъ акты, которые необходимы для достиженія цѣли—здѣсь вексель, тамъ—третейскій приговоръ; въ одномъ случаѣ установленіе третейскаго суда и т. д., въ другомъ же акцептъ, презентация, протестъ и т. д. Акцептированный и, по истеченіи срока, протестованный вексель является готовымъ продуктомъ, который прямо, подобно третейскому приговору, служитъ основаніемъ для судебного приговора, именно противъ индоссанта.

Договоръ сторонъ съ третейскими судьями.

(Receptum).

Стороны, связанныя третейскимъ договоромъ, заключаютъ съ однимъ или нѣсколькими частными лицами договоръ (*receptum*), въ силу котораго эти частныя лица обязываются разрѣшить ихъ правовой споръ. Такимъ образомъ, этотъ договоръ невозможенъ безъ предварительнаго заключенія третейскаго договора. На этомъ основаніи Борнхакъ ⁴⁾ отрицаетъ вообще существованіе такого договора, разсматривая назначеніе третейскихъ судей, какъ часть содержанія третейскаго договора. На самомъ дѣлѣ, это мнѣніе не вы-

¹⁾ Haeger указ. соч. стр. 53.

²⁾ Risch, Der Vergleich стр. 42.

³⁾ Hayum указ. соч. стр. 4.

⁴⁾ Bornhak, Schiedsvertrag und Schiedsgericht nach geschichtlicher Entwicklung und geltend. Recht въ Busch's Zeitschrift, т. XXX.

держиваетъ критики, такъ какъ между тяжущимися и третейскимъ судьей существуютъ своеобразныя договорныя отношенія. Тяжущіеся переносятъ на третье лицо функціи судьи въ спорномъ между ними дѣлѣ, а третейскій судья принимаетъ на себя эту функцію и обязывается разрѣшить возникшій между ними споръ. Хотя часто обязательство исполнять обязанности третейскихъ судей и слѣдуетъ не прямо изъ договора, однако, все же слѣдуетъ имѣть въ виду, что обязанности третейскихъ судей состоятъ въ исполненіи порученія сторонъ, а именно — разрѣшить правовой споръ. Назначеніе третейскихъ судей можетъ исходить отъ кого угодно, но дѣятельность ихъ основывается на договорѣ, тѣмъ болѣе, что принужденіе подвергнуть спорный вопросъ на обсужденіе третейскаго суда мыслимо только по отношенію къ сторонамъ, тогда какъ третейскіе судьи никоимъ образомъ не могутъ быть принуждаемы къ изъявленію своего согласія ¹⁾).

Какъ относительно третейскаго договора, такъ и относительно договора сторонъ съ третейскими судьями, возникаетъ вопросъ о правовой его природѣ. Одними этотъ договоръ разсматривается, какъ имѣющій публично-правовой характеръ, а другіе, опредѣляя его частно правовымъ, расходятся въ мнѣніяхъ о томъ, къ какому именно матеріальному договору слѣдуетъ его отнести. Существуетъ поэтому воззрѣніе, что договоръ съ третейскимъ судомъ является: 1) мандатомъ, 2) договоромъ, подобнымъ мандату, 3) договоромъ найма услугъ и 4) договоромъ производства заказанной работы (Werkvertrag).

Въ недавно опубликованной диссертациі Шварца ²⁾ всѣ эти воззрѣнія разсмотрѣны съ достаточною полнотою и установленъ вполнѣ правильный взглядъ на природу *receptum*'а.

Если бы договоръ сторонъ съ третейскими судьями, говоритъ Шварцъ ³⁾, былъ отнесенъ къ публично-правовому договору, то это имѣло бы огромныя послѣдствія: третейскій судья сдѣлался бы чиновникомъ, онъ обладалъ бы правами послѣдняго и долженъ былъ бы принять на себя его обязательства. Во всякомъ случаѣ, третейскій судья обладалъ бы должностной властью, былъ бы облеченъ государственнымъ авторитетомъ, имѣлъ бы особую подсудность, и третейское производство сдѣлалось бы настоящимъ про-

¹⁾ Fehr указ. соч. стр. 42.

²⁾ A. Schwarz, Der Schiedsrichtervertrag. (Das Receptum), Stuttgart 1910.

³⁾ Schwarz указ. соч. стр. 27 и сл.

цессомъ. Всѣ дѣйствія третейскаго судьи получили бы значеніе актовъ публичныхъ учрежденій, а самъ онъ превратился бы въ судью государственнаго.

Но, на самомъ дѣлѣ, третейскій судья не имѣетъ ни подсудности, ни должностной власти и, вообще, онъ не обладаетъ властью правосудія. Вся его власть основывается на произволѣ частнаго лица. Законодатель лишь предоставляетъ возможность избрать третейскаго судью, но этимъ отнюдь не устанавливаетъ его. Не государственная, но частная воля создаетъ судебно-третейскую власть. Третейскій приговоръ имѣетъ фактически дѣйствіе законосильнаго судебного рѣшенія, но только дѣйствіе; самъ же онъ не является законосильнымъ рѣшеніемъ ¹⁾.

Какъ самое рѣшеніе, такъ и способъ его составленія отличаются отъ таковыхъ при государственномъ судѣ. Третейскій судья не обязанъ руководствоваться матеріальнымъ и формальнымъ правомъ. Истинное значеніе третейскаго производства и состоитъ въ томъ, чтобы рѣшалъ человѣкъ, знакомый съ предметомъ, а не съ законами. Знаніе права даже и не предполагается въ немъ. Вопросъ о формальномъ правѣ поднимается лишь постольку, поскольку необходимо выяснить, можетъ ли третейскій судья въ этомъ пунктѣ производства рѣшать по своему усмотрѣнію или для него обязательны тѣ же правила, что и для государственнаго судьи.

Третейскій судья проситъ правовой помощи у короннаго суда, не какъ оффиціальное учрежденіе; въ соотвѣтствующихъ случаяхъ онъ долженъ вести производство согласно, напр., § 1036 германскаго Z. P. O., по которому не онъ, но одна изъ сторонъ сама предлагаетъ предпринять извѣстныя дѣйствія на судѣ.

Германскій Z. P. O. неоднократно называетъ третейскаго судью лицомъ, занимающимъ «должность». Если бы подъ этимъ выраженіемъ понималась оффиціальная должность, то, конечно, третейскій судья вступалъ бы въ область государственныхъ занятій. Но, на самомъ дѣлѣ, хотя третейскій судья и рѣшаетъ правовой споръ, подобно государственному судѣ, но государство совсѣмъ не интересуется этимъ рѣшеніемъ. Выраженіе «должность» законодатель понималъ не въ томъ смыслѣ, что третейскій судья исполняетъ часть государственныхъ дѣлъ, а это понятіе обозначаетъ лишь совокупность обязательствъ, опредѣляемыхъ дѣйствующимъ правомъ и личнымъ произволомъ. Такимъ образомъ, должность со-

¹⁾ Wach, Handbuch des deutsch. Civilprozessrechts, т. I, стр. 64 и 75.

ставляетъ принадлежность публичнаго права, но не менѣе и частнаго права. И поскольку онѣ относятся къ области одного или другого, онѣ раздѣляются на публичныя и частныя должности.

Публичная должность никогда не можетъ быть сообщена частнымъ лицомъ, но всегда и исключительно государствомъ. Само собою разумѣется, что третейскій судья не можетъ быть чиновникомъ, потому что онъ не находится въ какомъ-либо служебномъ отношеніи къ главѣ государства. Его положеніе не подчиняется дисциплинарной власти, характеризующее государственнаго чиновника. Онъ только можетъ быть подвергнутъ наказанію по уголовному уложенію на общемъ основаніи.

Такимъ образомъ, у третейскаго судьи, какъ недолжностнаго лица, отсутствуетъ какой бы то ни было государственный авторитетъ. Онъ хотя и судья, но только *частный судья* и притомъ исключительно для тѣхъ двухъ тяжущихся, которые добровольно заключили третейскій договоръ. Ни въ отношеніи самихъ тяжущихся, ни въ отношеніи третьихъ лицъ онъ не имѣетъ никакой принудительной власти (напримѣръ, наложеніе штрафа на неявившихся свидѣтелей). Онъ ни въ какой мѣрѣ не является носителемъ государственнаго авторитета; то, что онъ дѣлаетъ, юридически дѣйствительно только въ силу договора самихъ тяжущихся¹⁾.

Установивъ, такимъ образомъ, частно-правовую природу договора сторонъ съ третейскими судьями, Шварцъ²⁾ доказываетъ, что этотъ договоръ нельзя разсматривать какъ *мандатъ*. Если разсматривать третейскаго судью, говоритъ онъ, какъ мандатарія, то оба компромиттента должны разсматриваться какъ манданты, а состоявшійся приговоръ—мандатъ. Этотъ приговоръ, согласно волѣ мандантовъ, долженъ быть справедливымъ. Поскольку воля сторонъ согласуется съ ихъ представленіемъ о «справедливомъ приговорѣ» одинаково, то третейскій судья при вынесеніи этого исполнѣ опредѣленнаго приговора дѣйствуетъ въ совершенномъ согласіи съ даннымъ ему сторонами мандатомъ. Если между сторонами существуетъ одинаковое воззрѣніе на рѣшеніе и если онѣ сойдутся на томъ, что справедливый приговоръ долженъ быть опредѣленнаго характера, то тогда третейскій судья вообще не нуженъ.

¹⁾ Weizsäcker указ. соч. стр. 95; Fehr указ. соч. стр. 42, 67; Kohler, *Gesammelte Beiträge zum Zivilprocess*, Berlin 1894, стр. 239; Haeger указ. соч. стр. 50; Haffner указ. соч. стр. 19 и сл.

²⁾ Schwarz указ. соч. стр. 10 и сл.

Если же представлѣніе о справедливомъ приговорѣ у каждаго ком-промиттента различное, то третейскій судья, какъ мандатарій, никогда не могъ бы исполнить своихъ мандатныхъ обязанностей, такъ какъ каждая сторона даетъ ему различный мандатъ; вслѣдствіе этого, результатъ его дѣятельности будетъ неудовлетворительнымъ, ибо исполняя порученіе одной изъ сторонъ, онъ не имѣетъ возможности исполнить порученіе другой. Такимъ образомъ, онъ всегда являлся бы отвѣтственнымъ за убытки передъ одной изъ сторонъ. Правда, мандатарій имѣетъ право отступать отъ указаній манданта, но это имѣетъ мѣсто въ тѣхъ случаяхъ, когда онъ можетъ предполагать, что мандатарій, узнавъ истинное положеніе вещей, одобрилъ бы его отступление. Но мандатарій, въ качествѣ третейскаго судьи, никогда не могъ бы получить такого уполномочія на отступление, потому что въ большинствѣ случаевъ положеніе вещей лучше извѣстно сторонамъ, чѣмъ третейскому судѣ, а согласія стороны на неблагопріятный для нея третейскій приговоръ нельзя ожидать, потому что сторона скорѣе взяла бы обратно свое требованіе, или отвѣтчикъ призналъ бы притязанія истца. Еще менѣе можно ожидать согласія на отступление отъ мандата, когда сторона, послѣ представленія доказательствъ, какъ это бываетъ при обыкновенномъ судебномъ производствѣ, еще разъ подтверждаетъ свои спорныя отношенія. Далѣе, въ качествѣ мандатарія, третейскій судья былъ бы принужденъ извѣщать объ отступающемъ отъ желанія сторонъ приговорѣ и дѣлать это до его выясненія. Однако, никто не можетъ серьезно подумать, чтобы это дѣйствительно входило въ его обязанность.

Мандатарій обязанъ по исполненіи порученія дать отчетъ въ своихъ дѣйствіяхъ. Третейскій судья также даетъ отчетъ, но въ строго опредѣленномъ размѣрѣ. Согласно § 1041 п. 5 германскаго Z. P. O. третейскій приговоръ долженъ быть снабженъ мотивами, но эти мотивы къ рѣшенію совершенно не соотвѣтствуютъ отчету мандатарія. Мандатарій обязанъ дать отчетъ не только о финансовой сторонѣ дѣла, но и подробно обосновать, почему онъ исполнилъ мандатъ такъ, а не иначе. Если бы третейскій судья былъ мандатаріемъ, то согласно § 242 германскаго B. G. B. мотивы къ рѣшенію должны быть переданы на разсмотрѣніе свѣдущаго лица. Третейскіе судьи обязаны давать отчетъ только въ слѣдующихъ случаяхъ: 1) когда стороны, пользуясь своимъ правомъ опредѣлять порядокъ производства третейскаго разбирательства, предусматриваютъ въ *rescriptum* обязанность третейскихъ судей представить

такой отчетъ, т. е. привести мотивы къ рѣшенію, значительно расширяющіе требованіе § 1041 п. 5 герм. Z. P. O., въ особенности—указать всѣ мнѣнія за и противъ ихъ рѣшенія и изъ этихъ данныхъ вывести свой приговоръ, какъ логическое слѣдствіе; если при заключеніи гесертум'а на третейскихъ судей не была возложена такая обязанность, то въ послѣдствіи, они, конечно, не могутъ быть принуждены къ принятію на себя еще лишнихъ обязанностей, и 2) когда стороны передали третейскимъ судьямъ денежныя суммы для оплаты писмоводителя, покупки канцелярскихъ принадлежностей и т. п. Но здѣсь нѣтъ ничего общаго съ судебнотретейскою дѣятельностью. Принятіе на себя третейскимъ судьей этихъ обязанностей можетъ дѣйствительно основать отношеніе мандата, но это является лишь въ исключительныхъ случаяхъ. Обязательства, побуждающія третейскаго судью къ такимъ дѣйствіямъ, которыя должны быть разсматриваемы, какъ всецѣло третейско-судебныя, не могутъ слѣдовать правиламъ о мандатѣ отдѣльно отъ главныхъ обязанностей третейскаго судьи, какъ напр. вынесеніе приговора.

Въ особенности рѣзко отдѣляетъ третейскаго судью отъ мандатарія степень его отвѣтственности за упущенія и вообще за всѣ дѣйствія наносящія вредъ сторонамъ. Несмотря на безвозмездность, мандатарій долженъ отвѣчать за каждый ущербъ, приносимый его дѣйствіями, тогда какъ третейскій судья отвѣтствененъ лишь въ тѣхъ предѣлахъ, какъ и государственный судья.

Въ заключеніе слѣдуетъ указать еще на одинъ важный пунктъ отличія договора сторонъ съ третейскимъ судьей, а именно: мандатарію представляется право отказа отъ своихъ обязанностей во всякое время, тогда какъ третейскому судѣ односторонній отказъ возможно сдѣлать въ довольно рѣдкихъ случаяхъ, иногда опредѣляемыхъ только въ законѣ.

Такимъ образомъ, гесертум и мандатъ являются совершенно отличными типами договоровъ; между ними имѣется нѣкоторое сходство, но существуютъ и значительныя различія.

Въ отношеніи свободы рѣшенія третейскій судья стоитъ надъ сторонами. Такое положеніе даетъ третейскому судѣ не компромиссъ, а гесертум. Въ противномъ случаѣ, мандатарій-судья былъ бы совершенно подчиненъ сторонамъ, такъ какъ они должны имѣть въ виду только пользу обоихъ мандантовъ. Подобное подчиненіе немыслимо при третейскомъ производствѣ, потому что фактически всегда одной сторонѣ долженъ быть причиненъ вредъ въ пользу другой.

Ближе къ истинѣ воззрѣніе, что *гесертум* есть *договоръ подобный мандату* ¹⁾. Сходство, согласно изложенному выше, состоитъ въ томъ, что отдѣльныя правила о мандатѣ могутъ соотвѣтственно примѣняться и къ *гесертум*, но какъ разъ въ самыхъ существенныхъ пунктахъ оба договора рѣзко отличаются другъ отъ друга.

Когда третейскій судья исполняетъ свои обязанности за вознагражденіе, то отношенія его нѣкоторыми разсматриваются, какъ бы вытекающими изъ *договора о производствѣ заказанной работы* (*Werkvertrag*), а въ другихъ случаяхъ дѣйствуютъ принципы мандата.

Прежде всего, правильно отмѣчаетъ Шварцъ ¹⁾, что какъ разъ при третейскомъ производствѣ вопросъ о вознагражденіи третейскаго судьи играетъ такую незначительную роль, что, опираясь на это, совершенно невозможно установить положеніе третейскаго судьи на другихъ основаніяхъ. Несомнѣнно, однако, что многія постановленія, касающіяся мастера, могутъ быть приложимы и къ третейскому судѣ. Здѣсь возможно молчаливое обусловленіе вознагражденія, производимое также по таксѣ, предусмотрѣнной въ § 632 В. Г. В.; можно даже предположить, что гонораръ будетъ уплаченъ при вынесеніи приговора, который соотвѣтствуетъ сдачѣ работы; но такихъ аналогичныхъ постановленій весьма мало, чтобы условія договора о производствѣ заказанной работы распространялись бы и на третейскаго судью. Большая часть этихъ условій, будучи примѣненными къ *гесертум*, сдѣлались бы совершенно непонятными.

Существенные принципы договора о работѣ, именно отвѣтственность за недостатки ея, совершенно неприменимы къ третейскому судѣ. Задача мастера заключается въ томъ, чтобы доставить заказчику совершенно безукоризненную работу. Поэтому, во избѣжаніе малѣйшихъ недостатковъ, какъ то измѣненія и уменьшенія работы, заказчику дается право на требованіе устраненія ихъ. Но выраженія «измѣненіе и уменьшеніе» совершенно не имѣютъ смысла въ приложеніи къ третейскому приговору. Никогда, даже относительно опытнаго и знающаго законы государственнаго судьи, нельзя предположить, что онъ при всякихъ обстоятельствахъ вынесетъ безупречный приговоръ. Именно правосудіе бываетъ рѣже всего совершенно свободно отъ недостатковъ, рѣже всего можетъ достигнуть высшей справедливости, потому что человѣческое

¹⁾ Schwarz указ. соч., стр. 19 и сл.

рѣшеніе всегда подвержено ошибкамъ. Кромѣ того, для производства было бы большимъ ущербомъ, если бы третейскому судѣ приписали обязанность устраненія недостатковъ, какъ при договорѣ о заказанной работѣ. До чего бы дошло дѣло, замѣчаетъ Шварцъ ¹⁾, если бы, по вынесеніи приговора, третейскіе судьи стали бы выслушивать заявленія сторонъ! Довольно трудно даже представить себѣ, какъ было бы возможно устранить недостатки приговора по требованію одной или обѣихъ сторонъ, когда ихъ требованія всегда взаимно противоположны.

При вынесеніи третейскаго приговора предполагается содѣйствіе одной или обѣихъ сторонъ. Послѣднія должны, на примѣръ, изложить всѣ обстоятельства дѣла, указать свидѣтелей, формулировать свои исковыя требованія и пр. Определенное вознагражденіе, которое предусматривается въ пользу мастера, при неисполненіи извѣстныхъ дѣйствій заказчикомъ, значительно отличается отъ такового въ пользу третейскаго судьи. Послѣднему возмѣщаются лишь произведенныя имъ издержки, а не уплачивается часть слѣдующаго ему гонорара, какъ это предусматривается въ договорѣ съ мастеромъ. Вслѣдствіе этого, третейскій судья долженъ всегда имѣть въ виду, что споръ можетъ быть улаженъ посредствомъ мировой сдѣлки, отказа и пр., и что на это онъ не долженъ смотрѣть, какъ на личный ущербъ.

Третейскій судья обладаетъ еще однимъ средствомъ, которое лишаетъ его всякаго сходства съ мастеромъ, принимающимъ заказъ, а именно: онъ можетъ вынести приговоръ во вредъ сторонѣ, медлящей или затягивающей производство. Это необходимый актъ самозащиты третейскаго судьи и противника компромиттента. Вынеся такой несовершенный приговоръ, третейскій судья все же можетъ требовать полностью условленный гонораръ. Между тѣмъ, художникъ, кліентъ котораго не является на условленные сеансы, не можетъ писать наудачу портретъ и сдать его въ несовершенномъ видѣ заказчику.

Если, наконецъ, разсматривать *receptum*, какъ договоръ о производствѣ заказанной работы, то заказчиками должны явиться обѣ спорящія стороны. Но, въ противоположность двумъ заказчикамъ какой-либо одной работы, они стремятся къ двумъ различнымъ результатамъ и для достиженія своей цѣли борются всѣми дозволенными средствами.

¹⁾ Schwarz указ. соч.. стр. 21 и сл.

Такимъ образомъ, существуетъ важное основаніе противъ отождествленія *гесертум*'а съ договоромъ о производствѣ заказанныхъ работъ.

Договоръ сторонъ съ третейскими судьями имѣетъ то общее съ договоромъ о *наймѣ услугъ* (личнаго найма), что онъ обыкновенно устанавливаетъ между контрагентами длительное отношеніе. На практикѣ довольно часто происходитъ, что стороны избираютъ третейскаго судью для рѣшенія всѣхъ споровъ, которые могутъ возникнуть въ теченіе извѣстнаго срока изъ опредѣленнаго правоотношенія. Напримѣръ, два общества страхованія отъ огня, находящіяся въ договорныхъ отношеніяхъ, благодаря взаимному страхованію, избираютъ постороннее для нихъ лицо, знающее страховое дѣло, для разрѣшенія всѣхъ споровъ, которые могутъ между ними возникнуть, и, что весьма часто бываетъ, даже безъ опредѣленія срока. Возникающее на этомъ договорѣ отношеніе третейскаго судьи къ сторонамъ абсолютно не имѣетъ характера подчиненности, какъ это усматривается въ договорѣ личнаго найма. Третейскій судья скорѣе занимаетъ доминирующее положеніе по отношенію къ избравшимъ его сторонамъ, а ни какъ не подчиненное. Если одна или обѣ стороны оскорбили бы третейскаго судью своимъ поведеніемъ, то, при сохраненіи *гесертум*'а, это послужило бы только ко вреду ихъ, такъ какъ третейскій судья стоитъ надъ сторонами. Уже одно это соображеніе достаточно показываетъ, что невозможно отождествлять *гесертум* съ договоромъ найма услугъ ¹⁾.

Въ заключеніе слѣдуетъ сказать нѣсколько словъ объ *экспертизѣ*. Въ практикѣ нашего правительствующаго сената неоднократно сравниваются приговоры заграничныхъ третейскихъ судей со *свидѣтельствами экспертовъ* ²⁾. Ошибочность этого взгляда ясна до очевидности и не требуетъ какихъ либо доказательствъ. Экспертъ является лишь помощникомъ судьи и онъ не можетъ постановлять какія бы то ни было рѣшенія. На обязанности эксперта лежитъ только установить извѣстные факты, доставить суду матеріалъ,

¹⁾ Schwarз указ. соч., стр. 25 и сл.

²⁾ Напр., позднѣйшее рѣшеніе Судебн. Д-та 23 февр. 1912 г. по дѣлу торг. дома Пейрано и К^о съ одесскимъ купцомъ Н. Рейберманомъ: «рѣшеніе лондонскаго арбитража, постановленное согласно съ законами Англіи и состоявшееся по взаимному соглашенію сторонъ, имѣетъ, подобно *свидѣтельствамъ экспертовъ*, доказательную силу...». См. также выше на стр. 96 рѣшеніе Суд. Д-та отъ 16 апр. 1909 г.

возмѣститъ отсутствующее знаніе предмета. Третейскій судья долженъ разрѣшить представленный ему правовой споръ и онъ, конечно, не можетъ ограничиться простымъ установленіемъ факта. Логическій выводъ изъ своихъ заключеній онъ долженъ примѣнить къ спорному между сторонами правоотношенію. Разъясненіе вопросовъ факта является для него только средствомъ къ достиженію его цѣли. Оно можетъ быть совершенно излишнимъ или даже можетъ быть произведено другими лицами. На основаніи уже разъясненныхъ вопросовъ факта, третейскій судья разрѣшаетъ вопросъ права относительно спорныхъ притязаній сторонъ ¹⁾.

Вполнѣ правильное опредѣленіе договора сторонъ съ третейскими судьями даетъ германскій имперскій судъ, раздѣляемое Шварцомъ въ неоднократно указываемомъ здѣсь его трудѣ ²⁾. *Rescriptum* есть дѣйствительно договоръ, но не мандатъ, и хотя онъ похожъ на послѣдній, но обладаетъ своей особой природою; это не договоръ о заказанной работѣ, о наймѣ услугъ, а также и не договоръ публично-правового характера. Сущность этого договора надо видѣть въ томъ, что посредствомъ него, въ связи съ уже имѣющимся или одновременно заключаемымъ компромиссомъ, третьему лицу передаются функціи судьи относительно возникшаго между ними спорнаго случая, чѣмъ третейскій судья возводится надъ сторонами въ положеніе судьи, установленнаго государствомъ и что, съ другой стороны, означенное избранное лицо принимаетъ на себя это положеніе и функціи.

Договоръ третейскаго судьи со сторонами долженъ разсматриваться по общимъ принципамъ матеріальнаго гражданскаго права. Вынесеніе приговора является требуемымъ отъ судьи дѣйствіемъ. Это дѣйствіе онъ исполняетъ такимъ образомъ, что подобно государственному судѣ, вмѣсто котораго долженъ рѣшить споръ, онъ старается найти право, подчиняя фактическое состояніе правовымъ положеніямъ.

Стороны, однако, могутъ предписать ему эту дѣятельность въ болѣе или менѣе ограниченномъ размѣрѣ частью посредствомъ *rescriptum*, частью посредствомъ постановленій въ компромиссѣ, опредѣляющемъ поведеніе третейскаго судьи. Во всемъ остальномъ

¹⁾ Kohler, Ueber prozessrechtliche Verträge und Kreationen въ Gruchot's Beiträgen т. XXXI, стр. 305; Schwarz указ. соч., стр. 33.

²⁾ Schwarz указ. соч., стр. 31 и сл.

третейскій судья занимаетъ крайне свободное положеніе, даже болѣе свободное, чѣмъ государственный судья.

На этой же точкѣ зрѣнія стоятъ и другіе позднѣйшіе авторы, какъ Гегеръ и Гафнеръ, но Шварцъ впервые развилъ эти положенія наиболѣе рельефно и подробно и, несомнѣнно, его взгляды будутъ общепризнанными.

VI.

Общіе выводы.

Прежде чѣмъ приступить къ дальнѣйшему изложенію, необходимо сдѣлать краткое резюме приведенному выше историческому матеріалу.

Институтъ третейскаго суда былъ первой формой правосудія, къ которой *добровольно* обращались люди въ цѣляхъ установленія справедливости и мира. Пройдя рядъ вѣковъ, онъ раздѣлялъ судьбу народовъ въ зависимости отъ формъ управленія, опредѣлявшихъ гражданскую свободу. Благодаря своей конструкціи, третейскій судъ можетъ правильно развиваться только въ условіяхъ свободныхъ гражданскихъ отношеній и исключительно на договорномъ началѣ. Римскіе юристы эти принципы, согласно тогдашнимъ воззрѣніямъ на право, строго систематизировали и довели ихъ развитіе до удивительнаго совершенства.

Когда на пути развитія гражданской свободы встрѣчались препятствія въ видѣ деспотической власти или варварства, ставившихъ силу вмѣсто права, то и третейскій судъ претерпѣвалъ аналогичныя испытанія. И, наоборотъ, когда средневѣковые правители, короли и вассалы, занятые военными или иными дѣлами, не обращали вниманія на урегулированіе мирныхъ гражданскихъ занятій, то институтъ третейскаго суда самъ собою оживалъ и приносилъ существенную пользу, главнымъ образомъ, въ торговыхъ сношеніяхъ, какъ это усматривается изъ исторіи средневѣковыхъ итальянскихъ республикъ.

Съ постепеннымъ развитіемъ абсолютной государственной власти замѣчается и постепенное умаленіе института третейскаго суда, такъ какъ отправленіе правосудія становится прерогативой верховной власти.

Но самую печальную роль въ исторіи третейскихъ судовъ сыграла французская революція. Придавъ преувеличенное значеніе этой формѣ правосудія, французскіе законодатели той эпохи изъ любви къ дурно понимаемой свободѣ, совершенно исказили самый принципъ третейскаго суда, сдѣлавъ его обязательнымъ при разрѣшеніи почти всѣхъ споровъ между гражданами. Не ограничиваясь тѣмъ, что юрисдикція третейскаго суда была надѣлена прерогативами верховенства, законодательство того времени распространило его компетенцію и на вопросы, близко затрагивающіе интересы общества.

Неисчислимый вредъ, который принесли третейскіе суды во Франціи и ненависть къ самому институту со стороны населенія, создали реакцію и заставили послѣдующихъ французскихъ законодателей потерять вѣру въ институтъ третейскихъ судовъ.

Эта реакція, а главное—отсутствіе у законодателей правильныхъ взглядовъ на основные принципы, погубили идею третейскаго суда введеніемъ въ *code de procédure civile* излишнихъ формальностей, неумѣстныхъ обжалованій и т. п., и сдѣлали этотъ институтъ непригоднымъ къ примѣненію какъ въ самой Франціи, такъ и въ тѣхъ странахъ, законодательства коихъ подпали ея вліянію.

Французское торговое законодательство также оказало вредное вліяніе въ томъ отношеніи, что послужило образцомъ для многихъ другихъ законодательствъ учрежденіемъ принудительныхъ торговыхъ третейскихъ судовъ. Это тяжкое ярмо для свободныхъ торговыхъ сношеній было снято, не безъ колебаній, всѣми европейскими законодательствами только въ срединѣ истекшаго столѣтія.

Продолжительная гегемонія французскаго законодательства въ этой области привела къ тому, что дѣятельность третейскихъ судовъ на протяженіи цѣлаго столѣтія повсемѣстно заглохла. Это явленіе давало право многимъ ученымъ юристамъ-ислѣдователямъ утверждать, что съ развитіемъ новыхъ формъ общественнаго быта, идея третейскаго суда устарѣла и непримѣнима въ современныхъ условіяхъ гражданского оборота.

Между тѣмъ, въ послѣдней четверти истекшаго столѣтія міровой товарообмѣнъ достигаетъ колоссальныхъ размѣровъ; въ этомъ товарообмѣнѣ принимаютъ дѣятельное участіе почти всѣ европейскія государства, а въ особенности Англія и успѣшно конкурирующая съ нею Германія. Подъ вліяніемъ этого, внутренняя торговля отдѣльныхъ странъ также увеличивается и видоизмѣняется въ смыслѣ быстроты и упрощенія своего оборота. Такимъ образомъ, третей-

скій судъ снова вызывается къ жизни потребностями внутренней и міровой торговли.

Къ этому времени Германія, благодаря богатству юридическихъ силъ, издаетъ прекрасно разработанный процессуальный кодексъ, въ каковомъ, послѣ долгаго промежутка, впервые правильно разрѣшается идея третейскаго суда. Положивъ въ основу строгое развитіе договорнаго принципа, германскій кодексъ ясно показываетъ, какъ довѣріе спорящихъ сторонъ къ институту и избраніе надлежаще освѣдомленныхъ и безпристрастныхъ третейскихъ судей могутъ замѣнить многочисленныя, бесполезныя и даже вредныя законодательныя гарантіи.

Англія, занимая первенствующее положеніе въ торговлѣ, благодаря своему богатству и сильному экономическому вліянію, заставляетъ заинтересованные торговые круги принимать выработанные ею многочисленные контракты, гдѣ предусматривается разрѣшеніе споровъ путемъ третейскаго разбирательства. Несмотря на удовлетворительно разработанный Arbitration Act 1889 г., на практикѣ англійскіе третейскіе суды не заслуживаютъ довѣрія среди иностранцевъ, такъ какъ выборъ третейскихъ судей не даетъ гарантіи для безпристрастнаго правосудія. Германія успѣшно выступаетъ противъ такого порядка вещей и группируетъ вокругъ себя представителей торговли Голландіи, Россіи, Болгаріи, Даніи, Швеціи, Норвегіи и Румыніи путемъ совмѣстной выработки германо-нидерландскаго контракта.

Франція во внутренней торговлѣ до настоящаго времени избѣгаетъ третейскихъ судей и пользуется лишь институтомъ экспертовъ.

Австрійское законодательство нормируетъ, помимо общихъ третейскихъ судовъ, такъ называемые—биржевые третейскіе суды. Основываясь также на договорномъ началѣ сторонъ, эти профессиональные третейскіе суды представляютъ сложную систему. При заключеніи или ликвидаціи сдѣлокъ, стороны всегда должны помнить, что надъ ними виситъ третейскій судъ, который въ нѣкоторыхъ случаяхъ долженъ быть устраненъ, а въ другихъ—можетъ быть привлеченъ къ дѣятельности письменнымъ ихъ волеизъявленіемъ. Въ міровомъ товарообмѣнѣ Австрія принимаетъ сравнительно слабое участіе и вся дѣятельность ея биржевыхъ третейскихъ судовъ ограничивается лишь внутренней торговлею, не оказывая почти никакого вліянія на международное правосудіе.

Третейскіе суды въ Россіи испытываютъ аналогичную судьбу съ французскими третейскими судами. Надѣленные почти тѣми же

сложными формальностями, наши третейскіе суды, помимо сего, вызываютъ своею дѣятельностью излишнюю подозрительность не только со стороны позднѣйшаго законодательства, но и судебной практики. Это зависитъ отъ того, что ими въ большинствѣ случаевъ пользуются лица, нуждающіяся въ обходѣ закона, тогда какъ среди широкихъ круговъ населенія сложная форма установленія третейскихъ судовъ не встрѣчаетъ должнаго къ себѣ вниманія.

Потребности торговли вызвали своеобразный институтъ арбитражныхъ комиссій, учрежденныхъ почти при всѣхъ русскихъ биржахъ. Обладая нѣкоторымъ сходствомъ съ германскими третейскими торговыми судами, т. е. имѣя въ основѣ свободное волеизъявленіе сторонъ на разбирательство въ арбитражныхъ комиссіяхъ, рѣшенія ихъ не подлежатъ принудительному исполненію и имѣютъ для сторонъ лишь нравственное значеніе, обязательное для нихъ «за честь и совѣсть», какъ выразился правительствующій сенатъ въ одномъ изъ своихъ рѣшеній. Не смотря, однакоже, на этотъ существенный пробѣлъ, биржевыя арбитражныя комиссіи получаютъ самое широкое распространеніе и съ успѣхомъ отправляютъ правосудіе въ обширной области биржевыхъ сдѣлокъ. Нѣкоторыя арбитражныя комиссіи выходятъ на широкій путь международнаго общенія, такъ какъ къ услугамъ ихъ прибѣгаютъ представители заграничной торговли.

Желая придать исполнительную силу рѣшеніямъ арбитражныхъ комиссій, правительство разработало проектъ профессиональнаго биржевого суда, который ничего не имѣетъ общаго съ институтомъ третейскаго суда, такъ какъ въ немъ предусматривается принудительная подсудность для большинства лицъ, посѣщающихъ биржу. Этотъ проектъ, возвращая насъ къ печальному опыту прошлаго времени, готовитъ для торговыхъ третейскихъ судовъ такую же судьбу, какая постигла узаконенные третейскіе суды, дѣйствовавшіе у насъ до судебной реформы 1864 г. Принудительные биржевые третейскіе суды сыграютъ печальную роль для Россіи и въ томъ отношеніи, что она будетъ отодвинута отъ международнаго общенія въ области торговаго правосудія. Проектируемый судъ не обладаетъ всѣми гарантіями суда государственнаго и легко можетъ превратиться въ послушное орудіе сравнительно немногочисленной группы лицъ, заинтересованныхъ въ личныхъ выгодахъ. Для интересовъ отечественной торговли необходима реформа общихъ третейскихъ судовъ на началахъ германскаго кодекса. При этомъ условіи будутъ возникать и успѣшно развиваться не только бирже-

вые, но вообще торговые третейскіе суды, имѣя соотвѣтственныя гарантіи частнаго правосудія при надлежащемъ выборѣ состава третейскихъ судей учреждающими ихъ организаціями.

Неясность и неустойчивость современныхъ законодательствъ при нормированіи третейскихъ судовъ вызываютъ въ литературѣ различныя воззрѣнія на природу договора о третейскомъ судѣ и договора сторонъ съ третейскими судьями. За послѣднее время въ литературѣ все болѣе выясняется истинная природа этихъ договоровъ. Позднѣйшіе представители, главнымъ образомъ, нѣмецкой юридической литературы признаютъ ихъ частно-правовыми договорами, предоставляя имъ вполнѣ самостоятельное мѣсто въ системѣ гражданскаго права на ряду съ договорами купли-продажи или векселемъ.

Интересы міровой торговли требуютъ объединенія нормъ международной судебной защиты. Эту функцію стремятся возложить на зарекомендовавшіе себя въ нѣкоторыхъ странахъ торговые третейскіе суды, о чемъ болѣе подробно будетъ изложено въ слѣдующемъ отдѣлѣ.

Отдѣлъ II.

ТОРГОВЫЕ ТРЕТЕЙСКІЕ СУДЫ.

—

I.

Значеніе постоянныхъ третейскихъ судовъ въ современномъ торговомъ оборотѣ.

Въ послѣдней четверти истекшаго столѣтія торговля отдѣльныхъ странъ и государствъ стала принимать весьма дѣятельное участіе въ міровомъ товарообмѣнѣ, каковой достигъ колоссальныхъ размѣровъ ¹⁾. Условія торговаго оборота измѣняются самымъ существеннымъ образомъ въ сторону наибольшаго ускоренія и упрощенія сдѣлокъ ²⁾. Территоріальные торговые кодексы замѣняются въ міровой торговлѣ международными соглашениями ³⁾, а болѣе всего—устанавливающимися обычаями въ той или иной области торговли ⁴⁾. Правосудіе, какъ одинъ изъ главныхъ рычаговъ, способствующихъ исполненію сдѣлокъ, также должно быть приспособлено къ своеобразнымъ юридическимъ отношеніямъ торговаго оборота. Сложность и медленность обыкновеннаго процесса, а главное, неподготовленность судей въ вопросахъ торгово-промышленной техники, не могутъ удовлетворять заинтересованные торговые круги.

¹⁾ См. Nussbaum, Neuere Entwicklung und Ausbau des Schiedsgerichtswesens въ Busch's Zeitschrift т. XLII, вып. 3, стр. 256 и сл.

²⁾ См. Hellauer, System der Welthandelslehre, Berlin 1910; Schär, Allgemeine Handelsbetriebslehre, Berlin 1911.

³⁾ В. М. Гордонъ, Міровое объединеніе вексельнаго права, Ж. М. Ю. 1912 г. кн. 2. Götzl, Die Bestrebung nach Schaffung eines internationalen Wechselrechtes, 1910; см. также интересное изданіе Wertheimer'a, Jahrbuch für den internationalen Rechtsverkehr 1912/1913, München 1912; Meyer, Das Weltscheckrecht 2 Bd., Berlin 1912.

⁴⁾ А. Ф. Волковъ, Курсъ международной хлѣбной торговли, Спб. 1910.

Невозможно имѣть среди судей лицъ, которыя по своимъ индивидуальнымъ качествамъ оказывались бы и наиболѣе подходящими для разрѣшенія именно даннаго процесса. Огромные успѣхи техники и все болѣе интенсивная спеціализація торговли и промышленности лишаетъ и научно образованнаго и практически опытнаго судью возможности объективно обсуждать при помощи однихъ только своихъ профессиональныхъ познаній споры, возникающіе изъ торговыхъ отношеній.

Юридическое образованіе даетъ, правда, ученому судѣ въ извѣстной мѣрѣ возможность легко ориентироваться въ самыхъ разнообразныхъ житейскихъ отношеніяхъ при помощи остраго анализа сложныхъ фактическихъ данныхъ процесса и разложенія ихъ на простые элементы. Но эта способность все же чисто формальная, она служитъ только къ уясненію и правильной конструкціи той связи, какая существуетъ между отдѣльными элементами. Политико-экономическія познанія и широкая опытность судьи также недостаточны для того, чтобы его рѣшенія могли оказаться вполне принаровленными къ современнымъ требованіямъ торговаго оборота ¹⁾. Въ видѣ примѣра, Линдгеймъ ²⁾ указываетъ на сложный порядокъ биржеваго оборота, напр., на репортную сдѣлку, юридическій характеръ которой понятенъ только тому, кто детально знакомъ съ механизмомъ этой биржевой операціи, на своеобразныя нормы биржевой компенсаціи, биржевой ликвидаціи сдѣлокъ, гдѣ путемъ сконтрированія погашается цѣлый рядъ кредитныхъ и долговыхъ отношеній, и каждый должникъ, поскольку это необходимо, замѣняется другимъ должникомъ, а каждый кредиторъ другимъ кредиторомъ.

Вполнѣ понятно поэтому, замѣчаетъ Гарейсъ ³⁾, что биржевые споры сравнительно рѣдко доходятъ до государственныхъ су-

¹⁾ Lindheim указ. соч. стр. 40: «Судья напоминаетъ здѣсь техника-механика, разсматривающаго аппаратъ, построенный для химическихъ цѣлей; онъ легко умѣетъ разложить аппаратъ на его мельчайшія составныя части и вновь собрать ихъ, но не отдаетъ себѣ отчета о функціяхъ каждой изъ этихъ частей и о тѣхъ химическихъ процессахъ, которымъ онѣ призваны служить».

²⁾ Lindheim указ. соч. стр. 6; ср. также статью А. Ф. Волкова «Биржа» въ Словарѣ Юридическихъ и Государственныхъ наукъ т. I и статью Ю. Д. Филиппова подъ тѣмъ же названіемъ въ Новомъ Энциклопед. Словарѣ изд. Брокгауза и Ефрона, 1912 г., т. VI.

³⁾ Gareis, Die Klagbarkeit der Differenzgeschäfte, Berlin 1882, стр. 6 и сл.

довъ, и что тѣ наблюденія, которыя приходится дѣлать юристамъ относительно биржевыхъ операцій, имѣютъ лишь фрагментарный, отрывочный характеръ; отсюда и недостаточная обеспеченность права въ области биржевыхъ отношеній, поскольку рѣчь идетъ объ общихъ государственныхъ судахъ. Ибо именно потребности биржевого оборота почти непрерывно порождаютъ новыя юридическія сдѣлки, которыя могутъ быть регулируемы только соотвѣтственно ихъ внутренней экономической природѣ и не могутъ быть втиснуты въ шаблонныя формы другихъ уже извѣстныхъ сдѣлокъ.

Такимъ образомъ, для уясненія фактическаго состава спорныхъ случаевъ государственные суды должны были прибѣгать къ содѣйствію свѣдущихъ лицъ, что дѣлало процессъ болѣе дорогимъ и болѣе медленнымъ, а главное, возбуждало у сторонъ справедливое неудовольствіе, когда заключеніе экспертовъ не производилось съ необходимыми тщательностью и знаніемъ дѣла.

Различныя государства дѣлаютъ самыя разнообразныя попытки для устраненія указаннаго неудобства. Эти попытки сводятся къ тому, что для опредѣленныхъ споровъ, предполагающихъ наличность у судьи спеціальныхъ познаній и опытности, создаются особые профессиональные суды съ цѣлью приблизить правосудіе къ специфической природѣ спорныхъ правоотношеній ¹⁾.

Такая потребность обнаруживалась прежде всего въ процессахъ между лицами, принадлежащими къ разнымъ соціальнымъ слоямъ общества. Къ недовѣрію къ спеціальной подготовкѣ судьи для данной категоріи дѣлъ здѣсь присоединяется еще подозрѣніе, что, въ силу своего собственнаго соціального положенія, онъ можетъ оказаться недостаточно объективнымъ въ отношеніи того или иного соціального класса. Для споровъ между работодателями и рабочими, между купцами и ихъ служащими проявляется поэтому тенденція замѣнить обыкновенные, составленные изъ юристовъ, суды такими, въ составъ коихъ входятъ довѣренныя лица обоихъ классовъ; этимъ достигается та цѣль, что, съ одной стороны, дается возможность рабочимъ искать правосудія передъ судомъ, въ которомъ на равныхъ правахъ участвуютъ и лица ихъ сословія, а съ другой стороны, они не вынуждаются судиться передъ обыкновенными судами, составленными изъ судей, принадлежащихъ, на ихъ взглядъ, къ

¹⁾ Lindheim указ. соч. стр. 40.

классу ихъ противниковъ въ процессѣ—работодателямъ ¹⁾. Однако, надежды, которыя связывались съ этими судами, весьма мало оправдались, такъ какъ глубокая рознь между трудомъ и капиталомъ едва ли когда найдетъ примиряющіе другъ съ другомъ пути ²⁾.

Институтъ коммерческихъ судовъ или отдѣльныхъ камеръ для торговыхъ дѣлъ при общихъ судахъ обязанъ своимъ происхожденіемъ стремленію привлечь къ участию въ правосудіи возможно болѣе широкіе общественные элементы. Такіе спеціальныя профессиональныя суды существуютъ почти во всѣхъ странахъ съ развитымъ торговымъ оборотомъ, частью въ видѣ совершенно самостоятельныхъ судовъ (напр., у насъ въ Россіи, Франціи), частью въ органической связи съ общими судами (напр., въ Германіи). Но составъ этихъ профессиональныхъ судовъ нерѣдко вызываетъ сомнѣнія. Члены не-юристы участвуютъ въ рѣшеніи не только тѣхъ дѣлъ, которыя касаются ихъ спеціальности, а вообще всѣхъ торговыхъ процессовъ. При этомъ используется ихъ обще-торговая опытность, а не ихъ спеціальныя познанія въ данной области ³⁾. Слѣдовательно и здѣсь, какъ и въ обыкновенномъ процессѣ, приходится прибѣгать къ содѣйствию свѣдущихъ лицъ; расходы производства увеличиваются, процессъ замедляется, а при случаѣ и само рѣшеніе не достаточно соотвѣтствуетъ фактическому составу спора вслѣдствіе неудовлетворительности экспертизы ⁴⁾.

Такимъ образомъ, сторонамъ остается лишь одинъ путь—довѣрить функцію судьи свѣдущимъ людямъ своей же профессіи, т. е. предоставить рѣшеніе своего правового спора третейскому суду, который, какъ учить исторія, всегда является желаннымъ исходомъ тамъ, гдѣ государственное правосудіе оказывалось недостаточнымъ.

¹⁾ См. Lindheim указ. соч. стр. 34; Haeger указ. соч. стр. 16 и А. Ф. Волковъ, Секретаріаты рабочихъ и палаты труда въ Западной Европѣ, Спб. 1906.

²⁾ Haeger указ. соч., стр. 16, сообщаетъ, что представители берлинскаго купечества также издавна стояли на точкѣ зрѣнія, отвергавшей цѣлесообразность такой спеціальной соціологической подсудности. Ср. *Korrespondenz der Aeltesten der Kaufmannschaft von Berlin* 1909 г. № 4, стр. 78.

³⁾ Достаточно представить себѣ, говоритъ Линдгеймъ, что торговецъ ювелирными издѣліями, хотя бы и весьма опытный въ своемъ дѣлѣ, засѣдаетъ въ качествѣ судьи въ процессѣ, гдѣ дѣло идетъ о кожевенной торговлѣ. Какую пользу можетъ извлечь предсѣдатель суда изъ спеціальныхъ познаній такого судьи? Lindheim указ. соч. стр. 45.

⁴⁾ Haeger указ. соч. стр. 16.

Третейскіе суды приобрѣли большое значеніе, прежде всего, на биржахъ, которыя имѣли особые поводы вводить ихъ. Въ биржевыхъ сдѣлкахъ, какъ это уже указано выше, недостаточно одного только юридическаго образованія для разрѣшенія возникающихъ здѣсь споровъ; судья необходима прежде всего *практическая опытность*. Этого требуетъ сложность и многообразіе биржевого оборота съ его многочисленными видами сдѣлокъ, юридическая природа которыхъ можетъ быть понята лишь при условіи детальнаго знакомства съ механизмомъ соотвѣтственной биржевой операціи.

Вмѣстѣ съ практическою опытностью, присущей членамъ третейскихъ судовъ, огромнымъ преимуществомъ является также быстрота производства. Само собою понятно, что тамъ, гдѣ въ немногіе часы заключаются крупнѣйшія сдѣлки и притомъ совершенно неформальнаго характера, процессъ, регулирующий возникающіе при этомъ конфликты, долженъ быть безусловно скорымъ. Здѣсь въ особенности необходима эта быстрота производства, ибо природа биржевой сдѣлки такова, что стороны, для которыхъ она явилась предметомъ спора, должны быть немедленно освѣдомлены судьей, на чьей сторонѣ право; малѣйшее промедленіе можетъ повлечь за собою значительное увеличеніе самой спорной суммы¹⁾.

Этому требованію въ высокой степени удовлетворяетъ биржевой третейскій судъ, засѣдающій во всѣ биржевые дни и постановляющій свои, безъ особыхъ формальностей, рѣшенія тотчасъ по обращеніи къ нему тяжущихся.

Биржевые третейскіе суды функціонируютъ на обоихъ полушаріяхъ нашей планеты, развивая съ одинаковымъ успѣхомъ весьма широкую и многообразную дѣятельность²⁾.

Когда преимущества биржевыхъ третейскихъ судовъ обратили на себя вниманіе и внѣ круга посѣтителей биржи, то это, естественно,

¹⁾ Lindheim указ. соч. стр. 50 и Haeger указ. соч. стр. 21.

²⁾ Напримѣръ, арбитражная комиссія при Калашниковской хлѣбной биржѣ гор. С.-Петербурга уже на второй годъ своего существованія вступила на путь международнаго общенія. Въ настоящее время къ ея посредничеству обращаются хлѣботорговцы Лондона, Ливерпуля, Антверпена, Берлина, Гамбурга и пр. Если же принять во вниманіе, что согласно англійскимъ контрактамъ, а за послѣднее время—германо-нидерландскому, всѣ спорныя правоотношенія изъ сдѣлокъ должны разрѣшаться особо установленными третейскими судами, то роль биржевыхъ третейскихъ судовъ въ международномъ товарообмѣнѣ обрисовывается сама собою.

вызвало стремление использовать ихъ и здѣсь. И при этомъ, конечно, прежде всего обнаружилось, что тамъ, гдѣ отдѣльное лицо лишь съ трудомъ достигаетъ намѣченной цѣли, инициатива должна исходить отъ корпорации, какъ таковой. Такимъ образомъ, возникли постоянные третейскіе суды, выбираемые соответственными организаціями по отдѣльнымъ отраслямъ торговли¹⁾.

«Третейскій судья долженъ видѣть свою задачу прежде всего въ томъ, чтобы быть мировымъ посредникомъ», говоритъ Линдгеймъ. Несомнѣнно, что торговый третейскій судъ, составленный изъ лицъ, принадлежащихъ къ той же отрасли торговли, какъ и разбираемое дѣло, представляетъ собою наиболѣе благопріятную почву для мировыхъ соглашеній. Третейскимъ судьямъ, избраннымъ сторонами изъ собственной же среды гораздо легче убѣдить стороны, что взаимныя уступки являются наилучшимъ разрѣшеніемъ ихъ спора²⁾.

Но отмѣтивъ эту приспособленность, слѣдуетъ имѣть въ виду, что въ области третейскаго разбирательства постоянные торговые третейскіе суды имѣютъ значительныя преимущества по сравненію съ судами, образуемыми *ad hoc*, для каждаго отдѣльнаго случая.

Прежде всего избраніе судей исходитъ отъ объединенной корпорации. Это дѣлаетъ званіе судьи неизмѣримо болѣе почетнымъ, чѣмъ когда онъ выбирается только тяжущимися для даннаго спора; избраніе въ третейскіе судьи постоянной организаціей можетъ при-

¹⁾ Lindheim указ. соч. стр. 50; Leist, *Schiedssprüche gegen zwingendes Recht*, Berlin 1900. Нуссбаумъ отмѣчаетъ, что движеніе въ пользу третейскихъ судовъ въ Германіи совпало съ прогрессирующимъ корпоративнымъ объединеніемъ отдѣльныхъ профессиональныхъ торговыхъ группъ. Это корпоративное объединеніе является слѣдствіемъ какъ современной хозяйственной организаціи, такъ и поддерживаемой въ Германіи тенденціи хозяйственной политики. По свидѣтельству Нуссбаума въ настоящее время профессиональные торговые третейскіе суды въ Германіи насчитываются *тысячами*. См. Nussbaum ук. ст. въ Busch's Zeitschrift т. XLII стр. 257.

²⁾ Конечно и коронный судья долженъ стремиться къ примиренію тяжущихся, но фактически это наблюдается не часто. Коронный судья въ этомъ отношеніи не пользуется тѣмъ авторитетомъ и не можетъ оказать того вліянія, которое естественно оказываетъ судья третейскій. Коронный судья нерѣдко предпочтетъ поэтому не тратить свое и безъ того дорогое время для безцѣльныхъ или безнадѣжныхъ попытокъ къ примиренію. См. Lindheim указ. соч. стр. 8 и сл. Ср. также Nussbaum указ. ст. С. Busch Zeitschrift т. XLII стр. 260.

нять и такое лицо, которое быть может отклонило бы эту честь, если бы она была предложена ему только сторонами. Корпорация имѣетъ, такимъ образомъ, въ своемъ распоряженіи гораздо болѣе широкій кругъ лицъ, изъ которыхъ уже затѣмъ въ третейскіе судьи естественно выбираются компетентныя и заслуживающія наибольшаго довѣрія¹⁾.

При обыкновенномъ третейскомъ судѣ нерѣдко возникаютъ трудности вслѣдствіе того, что стороны не указываютъ въ своемъ соглашеніи лицъ, которыя должны функціонировать въ качествѣ третейскихъ судей, или указанные сторонами лица не могутъ или не желаютъ принять на себя эти обязанности²⁾, а стороны не могутъ притти къ соглашенію относительно замѣны ихъ другими лицами. Образование третейскаго суда нерѣдко дѣлается по этой причинѣ невозможнымъ. Законодательство не имѣетъ средствъ для

¹⁾ Болѣе глубокую заслугу корпораций Линдгеймъ подмѣтилъ въ слѣдующемъ. Въ настоящее время потребность въ третейскихъ судахъ есть дѣловая потребность очевидной важности. Очень просто и удобно предоставлять исполненіе рѣдко возникающихъ потребностей случаю или счастью, но нельзя дѣлать этого относительно потребностей дѣловой жизни, касающейся массы лицъ; слѣдовательно, необходимо найти средства и пути для правильнаго ихъ удовлетворенія. Если бы не было организованныхъ корпорациями третейскихъ судовъ, то, дѣйствительно, спорящія стороны были бы обязаны только случаю и счастью подыскать третейскихъ судей, которые съ одной стороны, были бы способны, а съ другой выразили желаніе и имѣли бы возможность принять на себя эту сложную и хлопотливую обязанность. См. Lindheim указ. соч., стр. 54.

²⁾ При случайномъ третейскомъ разбирательствѣ сторона ищетъ такого судью, который всталъ бы на ея точку зрѣнія. Нѣкоторые совершенно искренне считаютъ «своего» третейскаго судью, какъ своего представителя въ третейскомъ судѣ, что иногда и оказывается вѣрнымъ въ дѣйствительности. Изъ такого положенія вещей, естественно, вытекаетъ непреодолимое недовѣріе одной стороны къ третейскому судѣ другой стороны, которое особенно живо проявляется тогда, когда третейскій судья при разбирательствѣ—быть можетъ вполне справедливо—энергично высказывается въ пользу своей стороны. Это недовѣріе почти постоянно ведетъ къ попыткамъ отводовъ и другимъ враждебнымъ дѣйствіямъ. Но и положеніе третейскаго судьи, избраннаго противною стороною, также бываетъ мало утѣшительно. При оказавшейся неправотѣ избравшей его стороны у третейскаго судьи часто возникаетъ внутренній конфликтъ и онъ стремится избавиться отъ него путемъ сложенія обязанностей, т. е. уничтоженія всѣхъ предыдущихъ затраченныхъ на разбирательство трудовъ. См. Nussbaum указ. ст. въ Busch's Zeitschrift т. XLII, стр. 266.

борьбы съ этимъ препятствіемъ. Тотъ исходъ, который нѣкоторыя государства признають цѣлесообразнымъ, а именно, что бы избраніе третейскаго судьи поручалось коронному судѣ или же все соглашеніе признавалось недѣйствительнымъ, — способенъ вызвать значительныя сомнѣнія. Избраніе со стороны короннаго судьи не даетъ достаточной гарантіи въ томъ, что оно окажется правильнымъ и цѣлесоотвѣтственнымъ, а угроза недѣйствительности всего соглашенія есть средство слишкомъ энергичное, а потому и не можетъ быть разсматриваемо, какъ практическое ¹⁾).

Засимъ, постоянные третейскіе суды уже въ силу своего устава принимаютъ къ разрѣшенію всѣ споры въ предѣлахъ ихъ компетенціи, и не требуется, такимъ образомъ, какого либо особаго акта принятія. Поэтому и стороны, согласившіяся передать дѣло постоянному третейскому суду, всегда имѣютъ увѣренность въ томъ, что въ случаѣ надобности судъ дѣйствительно состоится ²⁾).

Дѣлопроизводство при случайныхъ третейскихъ судахъ также оставляетъ желать много лучшаго. Въ то время какъ при постоянныхъ третейскихъ судахъ обыкновенно имѣется опытная канцелярія, при случайныхъ же вся канцелярская работа представляетъ большія затрудненія; иногда всѣ входящія бумаги, до рѣшенія, должны быть предъявлены каждому отдѣльному судѣ. Кромѣ сего, у случайныхъ третейскихъ судей замѣчается полное игнорированіе соблюденія формъ закона ³⁾).

¹⁾ Lindheim указ. соч., стр. 52 и сл. Ср. Haeger указ. соч., стр. 23.

²⁾ По сравненію съ случайнымъ третейскимъ разбирательствомъ постоянный третейскій судъ обладаетъ тѣмъ преимуществомъ, что въ его распоряженіи находится собственный служебный аппаратъ, что третейскіе судьи всегда имѣются на лицо и при выбытіи одного судьи его мѣсто быстро замѣщается другимъ. Haffner указ. соч., стр. 6.

³⁾ Нуссбаумъ приводитъ такой случай изъ практики Кольмарскаго суда. Третейскій судья упорно отказывался передать сторонамъ и представить суду свой третейскій приговоръ. Онъ стоялъ на той точкѣ зрѣнія, что стороны подчинились ему, отказавшись отъ всякаго обращенія къ суду; повидимому, требованіе сторонъ онъ считалъ въ нѣкоторомъ родѣ оскорбленіемъ. Очень плохо обстоитъ дѣло въ случайныхъ третейскихъ судахъ также съ формулированіемъ и обоснованіемъ приговора. Примѣромъ можетъ служить рѣшеніе германскаго имперскаго суда отъ 20 ноября 1909 г. Третейскій судъ вынесъ поистинѣ Соломоново рѣшеніе, коимъ отвѣтчикъ обязывался до опредѣленнаго срока выплатить меньшую сумму иска, а послѣ этого срока всю сумму иска полностью. Этотъ приговоръ былъ обоснованъ слѣдующимъ образомъ: по мнѣнію судей и согласно показаніямъ

Постоянные третейскіе суды даютъ сторонамъ возможность въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ выбрать такой составъ суда, который представляется имъ наиболѣе безпристрастнымъ и стало быть наиболѣе заслуживающимъ довѣрія. Это обстоятельство обезпечиваетъ то объективное разрѣшеніе спора, какое при иныхъ обстоятельствахъ можно ожидать только отъ постоянныхъ коронныхъ судовъ.

Не слѣдуетъ также упускать изъ виду, что члены постоянного третейскаго суда по общему правилу живутъ въ той же мѣстности и, слѣдовательно, во всякій моментъ легко могутъ сойтись для совмѣстнаго обсужденія, между тѣмъ какъ третейскіе судьи, случайно выбранные сторонами, нерѣдко живутъ на большомъ разстояніи другъ отъ друга и ихъ словесные переговоры или совѣщанія связаны съ значительными трудностями и расходами ¹⁾.

Въ качествѣ немаловажнаго преимущества постоянного третейскаго суда слѣдуетъ отмѣтить вырабатываемую имъ судебную практику, что возможно при болѣе или менѣе продолжительномъ существованіи третейскаго суда. Такимъ образомъ, постоянные третейскіе судьи пріобрѣтаютъ значительно большій опытъ въ дѣлѣ отправленія правосудія, чѣмъ случайные третейскіе судьи, которые быть можетъ единственный разъ въ жизни и отправляютъ эту должность. Поэтому, эти случайные судьи нерѣдко съ трудомъ ориентированы въ дѣлѣ и при случаѣ могутъ упустить изъ виду какое либо важное обстоятельство, которое не ускользнуло бы отъ вниманія болѣе опытнаго постоянного третейскаго судьи ²⁾.

Но самое важное назначеніе торговаго третейскаго суда заключается въ томъ, чтобы дать сторонамъ такое рѣшеніе, которое удовлетворяло бы условіямъ и потребностямъ торговли и промышленности, а также и правовому сознанію ихъ довѣрителей.

выслушанныхъ главныхъ свидѣтелей предъявленный искъ былъ найденъ правильнымъ, и только для того, чтобы пресѣчь дальнѣйшіе судебные споры, третейскіе судьи придумали подобное рѣшеніе. Имперскій судъ все же призналъ наличность третейскаго приговора въ смыслѣ Z. P. O. См. Nussbaum указ. ст. въ Busch's Zeitschrift т. XLII, стр. 264.

¹⁾ Нуссбаумъ ссылается на рѣшеніе Гамбургскаго суда (отъ 22 окт. 1907 г.), въ коемъ обсуждался вопросъ, имѣется-ли наличность, не вызываемой обстоятельствами, медленности производства въ смыслѣ § 1032 Z. P. O. въ томъ, что во время подготовленія къ судоговоренію судья отсутствовалъ въ теченіе 6 мѣсяцевъ, не сдѣлавъ распоряженія относительно продолженія производства. См. Busch's Zeitschrift т. XLII, стр. 261.

²⁾ Haeger указ. соч., стр. 24.

Благодаря тому, что постоянный третейскій судья пріобрѣтаетъ, вслѣдствіе частаго разрѣшенія юридическихъ споровъ, обширную опытность, а также и необходимыя юридическія познанія, особенно ярко подчеркиваются преимущества такого судьи передъ случайнымъ третейскимъ судьей ¹⁾).

Наконецъ однимъ изъ послѣднихъ преимуществъ третейскаго разбирательства часто выставляется его дешевизна. Въ извѣстной мѣрѣ это утвержденіе соотвѣтствуетъ дѣйствительности, и такъ какъ третейскій судья изъ купцовъ отправляетъ свои почетныя обязанности въ постоянныхъ третейскихъ судахъ въ большинствѣ случаевъ бесплатно, судебныя издержки здѣсь дѣйствительно могутъ быть обычно значительно понижены противъ издержекъ въ коронныхъ судахъ ²⁾).

Такимъ образомъ, постоянный третейскій судъ даетъ сторонамъ легко доступную, безпристрастную, скоро и безъ значительныхъ расходовъ разрѣшающую дѣла инстанцію, образованную изъ товарищей по профессіи, заслуживающихъ наибольшаго довѣрія, могущихъ, благодаря постоянному отправленію третейской должности, пріобрѣсти широкую опытность и гарантирующую устойчивую судебную практику ³⁾).

Отмѣтивъ преимущества постоянныхъ третейскихъ судовъ, Линдгеймъ ⁴⁾ возбуждаетъ довольно важный вопросъ, слѣдуетъ ли законодательству оказать предпочтеніе этимъ судамъ путемъ пожалованія отдѣльныхъ привилегій. Являясь горячимъ защитникомъ организациі постоянныхъ третейскихъ судовъ и настаивая на дарованіи имъ нѣкоторыхъ законодательныхъ преимуществъ въ видахъ общественныхъ интересовъ, Линдгеймъ все же приходитъ къ правильному выводу, что необходимо предоставить сторонамъ полную свободу, выбрать ли постоянный третейскій судъ,

¹⁾ Haffner указ. соч., стр. 7.

²⁾ Нуссбаумъ указываетъ примѣръ высокой стоимости случайнаго судебно-третейскаго производства, гдѣ, при искѣ одного подрядчика въ 5.000 мар., судебныя издержки выразились въ 6.288 мар. 50 пф. См. Busch's Zeitschrift т. XLII, стр. 262. Но съ другой стороны, опытъ показалъ, что черезчуръ незначительныя судебныя издержки побуждаютъ стороны начинать иски по маловажнымъ дѣламъ и обращаться съ ними въ постоянные третейскіе суды, не сдѣлавъ предварительно серьезныхъ попытокъ къ мирному ихъ прекращенію. Haffner указ. соч., стр. 6 и сл.

³⁾ Haeger указ. соч., стр. 25.

⁴⁾ Lindheim указ. соч., стр. 69 и сл.

или третейскій судъ *ad hoc*, или же обратиться въ общіе государственные суды. Всякое принужденіе здѣсь было бы жестокостью и благотѣльное значеніе третейскаго суда вызоветъ только однѣ мученія. Какъ бы ни былъ удобенъ и хорошъ случайный или постоянный третейскій судъ, но всегда слѣдуетъ помнить пословицу—*beneficia ne obtrudantur*—благодѣяніе никогда не должно навязываться.

II.

Компетенція торговых третейских судовъ.

Компетенція постоянныхъ торговых третейскихъ судовъ опредѣляется общимъ законодательствомъ, уставами этихъ судовъ и выработавшейся судебною практикою. Кромѣ того, въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ третейскій судъ самъ устанавливаетъ подсудность предлагаемаго ему для разбирательства спорнаго правоотношенія. Если третейскій судъ, не смотря на возраженіе отвѣтчика, признаетъ дѣло подсуднымъ себѣ ¹⁾, то такое рѣшеніе подлежитъ повѣркѣ въ коронномъ судѣ. Наоборотъ, если третейскій судъ самъ признаетъ себя некомпетентнымъ, то это рѣшеніе обязательно для короннаго суда и договоръ о третейскомъ разбирательствѣ прекращаетъ свое дѣйствіе. Это основное правило примѣняется почти во всѣхъ постоянныхъ торговых третейскихъ судахъ ²⁾.

При опредѣленіи компетенціи постоянныхъ торговых третейскихъ судовъ различаютъ условія субъективныя, объективныя и формальныя.

¹⁾ Напр. § 1037 Германск. Z. P. O.

²⁾ Первоначально въ практикѣ австрійскихъ биржевыхъ судовъ господствовалъ взглядъ, что на рѣшеніе третейскаго суда, которымъ онъ призналъ себя некомпетентнымъ для разсмотрѣнія извѣстнаго спора не можетъ быть подана кассационная жалоба. Но высшій австрійскій судъ призналъ такой взглядъ неправильнымъ во 1) потому, что отказъ исполнять функціи третейскаго судьи лишаетъ третейскій договоръ соотвѣтствующей силы и значенія, а во 2) нѣтъ такого закона, чтобы третейскій судъ могъ обсуждать свою некомпетентность. См. Horovitz, Das Verfahren vor den Börsenschiedsgerichten in Oesterreich, Wien 1896, стр. 165.

А. Субъективныя условія.

Всякій полноправный членъ торговой организаціи и всякое лицо, заключающее сдѣлку съ членами этой организаціи, имѣютъ право, по обоюдному другъ съ другомъ согласію, обращаться къ посредничеству учрежденнаго этой организаціею третейскаго суда.

Это общее правило имѣетъ нѣкоторыя изъятія, регламентированныя въ отдѣльныхъ законодательствахъ.

Германское биржевое законодательство ¹⁾ предписываетъ обязательную подсудность третейскому суду въ томъ случаѣ, когда обѣ договорившіяся стороны принадлежатъ къ категоріи лицъ, внесенныхъ въ биржевой реестръ и могущихъ заключать биржевыя сдѣлки на срокъ ²⁾, или же, если эта подсудность установлена послѣ возникновенія спорнаго дѣла ³⁾.

Практика русскихъ биржъ устанавливаетъ только добровольную подсудность арбитражнымъ комиссіямъ для членовъ биржевого общества и для всѣхъ другихъ лицъ, заключающихъ биржевую сдѣлку съ членами общества или черезъ посредство биржевого маклера ⁴⁾.

Довольно подробную регламентацію субъективныхъ условій подсудности даетъ австрійское законодательство для лицъ, принадлежащихъ къ биржѣ и состоящихъ членами или посѣтителями ея. Различіе между членами и посѣтителями должно быть точно установлено въ биржевомъ уставѣ, причемъ уставъ опредѣляетъ условія для пріема въ члены биржи и для ея посѣщенія, а также права и обязанности членовъ и посѣтителей биржи.

¹⁾ § 28 Börsengesetz. См. Nussbaum, Kommentar zum Börsengesetz. München 1910.

²⁾ § 53 Börsengesetz. О крайней непопулярности биржевого реестра (Spielregister) среди нѣмецкаго торговаго класса см. статьи В. В. Розенбергъ, Германскій биржевой законъ и проекты новеллы въ «Вѣстн. Фин. Пром. и Торг.» за 1908 г. №№ 3 и 4.

³⁾ Этотъ законъ установленъ въ огражденіе интересовъ лицъ, не занимающихся профессионально торговыми дѣлами и легкомысленно согласившихся заранѣе, до заключенія сдѣлки, подчиниться рѣшенію третейскаго суда, не предвидѣвъ значенія и не разсчитавъ послѣдствій своего обѣщанія. Ср. А. Ф. Волковъ, Биржевое право, т. I, стр. 19. Критику § 28 этого закона см. у Leist'a—Schiedsprüche gegen zwingendes Recht, Berlin 1900, стр. 6 и сл.

⁴⁾ Замѣчанія относительно проекта нашего биржевого суда см. выше на стр. 105 и сл. настоящаго труда.

Внесенные въ реестръ члены или посѣтители биржи подчиняются компетенціи третейскаго суда уже въ силу простого принятія безъ возраженія письменнаго изложенія сдѣлки, въ которомъ заключается условіе, что споры, могущіе возникнуть изъ сдѣлки, подлежатъ компетенціи биржевыхъ третейскихъ судовъ. Помимо этого условія, австрійское законодательство различаетъ стороны, которыя могутъ подчиняться компетенціи биржевого третейскаго суда: а) вслѣдствіе юридическихъ качествъ, и б) въ виду ихъ профессіи.

Однимъ изъ этихъ качествъ, но не однимъ и тѣмъ же, должны обладать оба контрагента.

Вслѣдствіе юридическихъ качествъ третейскому биржевому суду могутъ подчиняться: 1) органы администраціи, 2) торговые товарищества, и 3) промышленныя или хозяйственныя товарищества ¹⁾.

Для дѣйствительности договора о подчиненіи биржевому третейскому суду не требуется, чтобы оба контрагента были членами биржи или оба посѣтителями ея; юридически дѣйствительный договоръ можетъ состояться также между членами и посѣтителями. Точно также не требуется, чтобы обѣ стороны были членами или посѣтителями одной и той же биржи; не имѣетъ значенія и принадлежность одной стороны къ туземной, а другой стороны къ заграничной биржѣ.

Наконецъ, къ биржевому третейскому суду могутъ обращаться вообще всѣ лица, занимающіяся торговлею профессионально.

Занятіе торговлей должно составлять профессію лица и притомъ правильный и постоянный, если не единственный, то главный источникъ дохода. Если лицо стремится пріобрѣсти постоянный источникъ дохода и совершаетъ цѣлый рядъ объединенныхъ, единообразныхъ, по количеству заранее не опредѣленныхъ и не могущихъ быть опредѣленными сдѣлокъ, которыя являются составными

¹⁾ Къ промышленнымъ или хозяйственнымъ товариществамъ австрійское законодательство относитъ союзы съ неопредѣленнымъ количествомъ членовъ; такіе союзы имѣютъ своимъ назначеніемъ увеличивать барыши предпріятій и способствовать ихъ благосостоянію путемъ общаго веденія дѣла или пользованія кредитомъ. Промышленныя или хозяйственныя товарищества могутъ быть съ ограниченной и неограниченной отвѣтственностью участниковъ. Регистрація такого товарищества еще не дѣлаетъ его ни торговымъ товариществомъ, ни купцомъ; оно можетъ сдѣлаться купцомъ лишь при исключительномъ веденіи торговыхъ дѣлъ. См. Horovitz, Das Verfahren vor den Börsenschiedsgerichten in Oesterreich, Wien 1896, стр. 24.

частями болѣе крупнаго предпріятія, то каждый отдѣльный актъ этой дѣятельности признается профессиональнымъ. Напротивъ, простое стремленіе пріобрѣтать, если только это стремленіе не имѣетъ правильнаго и постояннаго характера, не заключаетъ въ себѣ понятія профессіи ¹⁾. Количество договорныхъ сдѣлокъ при опредѣленіи этого понятія не существенно. Поэтому, подъ профессіей понимается, напримѣръ, принятіе на себя поставки, исполняемой въ нѣсколько пріемовъ, если даже лицо не намѣревается впредь заниматься такими, или же подобными этому, дѣлами. Заниматься какимъ-либо дѣломъ въ видѣ профессіи должно то лицо, которое заключаетъ сдѣлки отъ своего имени, или отъ имени котораго онѣ заключаются. Заниматься лично дѣломъ не необходимо для понятія профессіи. Вопросъ, имѣется ли на лицо профессиональное занятіе, долженъ рѣшаться въ зависимости отъ конкретныхъ условій cadaго отдѣльнаго случая.

Практика англійскихъ торговыхъ организацій выработала самый широкій доступъ къ учрежденнымъ ими третейскимъ судамъ: всякій, кто имѣетъ право заключать контракты, можетъ обращаться къ арбитражу ²⁾. Въ каждой отрасли торговли выработаны соотвѣтствующими профессиональными организаціями контракты, въ коихъ въ числѣ обязательныхъ пунктовъ поставлено, что могущій возникнуть по заключенной сдѣлкѣ споръ долженъ разсматриваться третейскимъ судомъ. Благодаря экономическому могуществу англійскихъ покупателей, продавцы почти всего міра обязаны принимать эти контракты и, слѣдовательно, подчиняться третейскому разбирательству той или иной англійской торговой организаціи ³⁾.

Сдѣлка, заключенная торговымъ довѣреннымъ на основаніи довѣренности отъ имени хозяина, создаетъ только для послѣдняго извѣстныя права и обязанности по отношенію къ контрагенту, для довѣреннаго же она не порождаетъ никакихъ ни правъ, ни обязанностей. Дѣйствія довѣреннаго считаются дѣйствіями самого хозяина, а посему совсѣмъ не требуется, чтобы сдѣлка была заключена спеціально отъ имени хозяина. Рѣшающее значеніе имѣетъ

¹⁾ См. опредѣленія понятія профессіи у Endemann'a, Canstein'a, Behrend'a и др., приведенныя у Horowitz'a въ указ. соч. стр. 27.

²⁾ См. Lynch, Redress by arbitration; a digest of the law relating to arbitrations and awards.

³⁾ Объ этомъ см. выше стр. 64 и сл.

то обстоятельство, чтобы лицо, подписывающее договоръ, подписывало его, какъ торговый довѣренный, т. е. чтобы право на подпись договора входило въ сферу полномочій довѣреннаго, что необходимо для обезпеченія правильности торговаго оборота и облегченія доказательствъ.

Довѣренность на заключеніе торговаго договора включаетъ въ спорныхъ случаяхъ и молчаливое уполномочіе на совершеніе третейскаго договора лишь тогда, когда договаривающіяся стороны уже въ теченіе болѣе или менѣе продолжительнаго времени вели свои дѣла всегда со включеніемъ оговорки о третейскомъ разбирательствѣ, или же если включеніе условія о третейскомъ разбирательствѣ является обычнымъ въ данной отрасли торговли, или въ данной мѣстности ¹⁾.

Кто заключаетъ торговую сдѣлку, какъ торговый довѣренный, не имѣя на то довѣренности, или кто переступитъ границы довѣренности, тотъ лично отвѣтственъ передъ третьимъ контрагентомъ и, слѣдовательно, самостоятельно выступаетъ предъ третейскимъ судомъ. Отвѣтственность наступаетъ и въ томъ случаѣ, когда онъ по уважительной причинѣ ошибался относительно существованія или объема своей довѣренности. Впрочемъ, эта отвѣтственность снимается въ слѣдующихъ случаяхъ: а) если контрагентъ, заключаая сдѣлку, зналъ объ отсутствіи довѣренности или о превышеніи

¹⁾ Если, на примѣръ, торговецъ зерномъ, сельскій хозяинъ и пр. обычно заключаютъ сдѣлки съ условіемъ о подчиненіи третейскому суду и эти лица даютъ для заключенія одной или нѣсколькихъ сдѣлокъ довѣренности, то торговый довѣренный также въ правѣ заключить сдѣлку, не выходящую изъ предѣловъ его полномочія, съ оговоркой о подчиненіи возможнаго спора третейскому суду. Въ особенности нельзя отрицать этого права, если хозяинъ передалъ довѣренному для заключенія сдѣлокъ бланки, на которыхъ оговорка о третейскомъ судѣ уже заранѣе напечатана. См. *Horowitz указ. соч.*, стр. 70. Въ практикѣ англійскихъ третейскихъ судовъ установлено, что торговый довѣренный имѣетъ право постольку, поскольку въ данной ему довѣренности не содержится какихъ-либо ограничительныхъ въ семъ отношеніи постановленій и подъ условіемъ соблюденія всѣхъ предусмотрѣнныхъ этою довѣренностью условій и постановленій. См. *Lynch ук. соч.*, стр. 11. Иная аргументація у Колера (въ *Gruchot's Beitr.* т. XXXI, стр. 496), который исходитъ изъ того положенія, что компромиссъ, какъ и мировая сдѣлка, есть процессуальное дѣйствіе; вслѣдствіе этого и компромиссъ можетъ быть заключенъ лишь тѣмъ довѣреннымъ, который имѣетъ общее полномочіе на веденіе судебныхъ дѣлъ. См. опроверженія у *Naum'a указ. соч.*, стр. 21. Ср. *Maueг указ. соч.*, стр. 77.

ея, и б) если впоследствии сдѣлку одобрить тотъ, отъ имени коего она заключена, или воспользуется выгодами сдѣлки.

Наоборотъ, компетенція третейскаго суда не распространяется на второстепенныхъ участниковъ третейскаго договора или третейскаго разбирательства. Въ силу этого, неподсудны третейскому суду торговые агенты, комми-вояжеры, маклеры и вообще посредники по сдѣлкѣ, совершенной съ включеніемъ условія о третейскомъ разбирательствѣ.

Комми-вояжеры и торговые агенты могутъ связать своего довѣрителя соглашеніемъ о разрѣшеніи спора третейскимъ судомъ, если имѣютъ на то надлежащее полномочіе; означенное соглашеніе должно быть заключено отъ имени его довѣрителя, въ противномъ случаѣ комми-вояжеръ или агентъ считался бы лично обязаннымъ этимъ соглашеніемъ. Полномочія этихъ лицъ въ отношеніи договора о передачѣ дѣла на разрѣшеніе третейскаго суда могутъ вытекать по смыслу предоставленныхъ ихъ довѣрителями правъ ¹⁾.

Маклеръ есть офиціально назначенный посредникъ по заключенію торговыхъ сдѣлокъ. Поэтому, онъ не является ни исполнителемъ порученій контрагента, ни уполномоченнымъ довѣрителя на заключеніе одной торговой сдѣлки. Его положеніе между контрагентами нейтральное, и онъ не можетъ обязывать стороны на третейское разбирательство. По практикѣ австрійскихъ и русскихъ биржевыхъ третейскихъ судовъ, если при посредствѣ маклера сдѣлка заключена на биржѣ, то эта сдѣлка разсматривается технической биржевой сдѣлкой, подсудной биржевому третейскому суду. Здѣсь маклеръ является офиціальнымъ выразителемъ воли обѣихъ сторонъ и, заключая, какъ таковой, сдѣлку на биржѣ, онъ дѣйствуетъ согласно волѣ сторонъ, какъ будто бы онѣ сами заключали эту сдѣлку. Если маклеръ былъ посредникомъ по заключенію сдѣлки внѣ биржи, то она, при возникновеніи спора, подсудна биржевому третейскому суду въ томъ случаѣ, если контрагенты вручатъ маклеру подписанное ими условіе съ оговоркой о подчиненіи спора этому суду. Взаимный обмѣнъ условіями замѣняется

¹⁾ Если какое-либо лицо уполномачиваетъ своего агента заключать страхование и ликвидировать убытки, то изъ этого вытекаетъ также и право агента передавать на разрѣшеніе путемъ арбитража всякіе споры, касающіеся означенныхъ убытковъ. Причемъ довѣритель является связаннымъ подобными дѣйствіями своего агента. См. Lynch указ. соч. § 8.

здѣсь врученіемъ ихъ третьему офіціальному лицу, въ данномъ случаѣ маклеру ¹⁾).

Въ дополненіе къ этому практика русскихъ арбитражныхъ комиссій установила, что порученіе, данное служащему, не имѣющему довѣренности, или агенту-посреднику, заключить извѣстную сдѣлку на биржѣ тѣмъ самымъ предоставляетъ право подчинить сдѣлку юрисдикціи биржевого третейскаго суда, даже если сдѣлка заключена внѣ биржи.

Нѣсколько иначе стоитъ вопросъ о довѣренныхъ и адвокатахъ въ англійской практикѣ. Довѣренный по какому-либо дѣлу имѣетъ право связать своихъ кліентовъ соглашеніемъ объ арбитражѣ даже противно полученной имъ отъ кліентовъ инструкціи. Но, поступивъ такимъ образомъ, онъ можетъ быть привлеченъ къ отвѣтственности его кліентами. Адвокатъ также можетъ поступать указаннымъ образомъ, но не привлекается къ отвѣтственности, если даже онъ нарушилъ волю своего кліента ²⁾).

Подсудность третейскому суду распространяется обычно не только на договорившіяся стороны, но и на ихъ общихъ правопреемниковъ, равно какъ и на пріобрѣтателя требованія и на взявшего на себя долгъ одной изъ сторонъ.

При уступкѣ требованія цессіонарій пріобрѣтаетъ также право осуществленія этого требованія; кромѣ того, на цессіонарія переходятъ всѣ безъ исключенія права cedenta, даже и въ томъ случаѣ, когда въ цессіи это спеціально указано не было.

На цессіонарія переходятъ не только всѣ права cedenta по отношенію къ должнику (*debitor cessus*), возникшія до цессіи, но и соглашеніе о подсудности. Цессіонарій связанъ этимъ соглашеніемъ и, въ случаѣ спора съ должникомъ, обязанъ обратиться къ этому именно суду. Если cedentъ и должникъ вошли въ соглашеніе относительно третейскаго суда, то это соглашеніе, конечно, обязательно и для цессіонарія, ибо онъ вступаетъ во всѣ права cedenta и можетъ основанныя на цессіи притязанія свои по отношенію къ должнику осуществлять точно такъ же и въ такомъ же объемѣ, какъ и cedentъ. Изъ извѣстнаго акта возникаютъ обязательства не только для того, на кого указываетъ самый текстъ акта, но и для всякаго, противъ котораго управомоченный можетъ осуществить содержащееся въ актѣ право.

¹⁾ Horowitz указ. соч., стр. 88.

²⁾ Lynch указ. соч. § 17.

Противное мнѣніе являлось бы вопіющею несправедливостью, говоритъ Горовицъ ¹⁾, такъ какъ тѣмъ самымъ сторона получала бы право уничтожать третейскій договоръ, т. е. имѣла бы возможность произвольно лишать третейскій договоръ присущаго ему значенія, перенося попросту права еще не изъ исполненнаго договора на кого-либо другого, для чего не требуется согласія противника; сторона была бы, такимъ образомъ, въ правѣ уклониться отъ третейскаго суда при возникновеніи спора. Если поэтому сила третейскаго договора ограничивалась бы одними лицами, его заключившими, то было бы во власти одного изъ нихъ произвольно уничтожить это соглашеніе, хотя бы оно состоялось съ соблюденіемъ всѣхъ законныхъ требованій.

Нѣсколько другого взгляда держится германскій имперскій судъ ²⁾, полагая, что переходъ правъ изъ третейскаго договора исключается въ тѣхъ случаяхъ, «когда изъ самаго договора или обстоятельствъ, при которыхъ этотъ договоръ былъ заключенъ, можетъ быть обнаружено, что третейскій договоръ долженъ быть приуроченъ къ опредѣленнымъ лицамъ въ виду особаго довѣрія, которое оказали другъ другу стороны, принимая въ соображеніе использованіе вытекающихъ изъ этого договора правъ». На практикѣ, однако, замѣчаетъ Гафнеръ, такой случай при заключеніи постоянного торговаго третейскаго суда врядъ ли когда-либо будетъ имѣть мѣсто ³⁾.

Что касается преемства по наслѣдству, то въ данномъ случаѣ вся личность наслѣдодателя со всѣми волеизъявленіями, если только онѣ не чисто личнаго характера, переходитъ на наслѣдника, такъ что послѣдній вступаетъ не только во всѣ матеріальныя права, но и во всѣ процессуальныя отношенія *ipso jure*. Поэтому третейскій договоръ не уничтожается смертью одной изъ сторонъ, но права или обязанности по нему переходятъ на наслѣдниковъ умершей стороны, ибо смертью обязанной стороны не вызывается измѣненіе въ качествѣ ея обязательствъ и не ограничиваются права третьихъ лицъ. Это положеніе раздѣляется почти всѣми законодательствами ⁴⁾.

¹⁾ Horovitz указ. соч., стр. 95.

²⁾ См. рѣшеніе Reichsgericht'a отъ 19 марта 1909, приведенное у Soergel'a къ § 1025 и Gaupp-Stein къ § 1033.

³⁾ Haffner указ. соч., стр. 32.

⁴⁾ Gruchot въ его журналѣ т. XVI «Beiträge zur Lehre vom Schiedsgericht». См. Horovitz указ. соч., стр. 94.

Однако, по англійскому праву соглашеніе расторгается въ случаѣ смерти одной изъ сторонъ, при наличности только двухъ сторонъ; но является сомнительнымъ, расторгаетъ-ли соглашеніе *ipso facto* смерть одной изъ нѣсколькихъ (болѣе, чѣмъ двухъ) сторонъ. Въ соглашеніи о третейскомъ судѣ можетъ быть предусмотрено, что смерть одной изъ сторонъ (2-хъ или болѣе) не будетъ причиною для расторженія соглашенія ¹⁾.

Представительство союзовъ отдѣльныхъ лицъ и юридическихъ лицъ уполномачиваютъ на заключеніе третейскаго договора опредѣленные въ уставѣ органы ихъ управленія. Полномочіе на заключеніе третейскаго договора требуетъ спеціальной довѣренности или общей довѣренности, включающей въ себѣ и управомочіе на заключеніе третейскихъ договоровъ ²⁾.

Третейскій договоръ сохраняетъ свою силу и въ случаѣ открытія конкурса, вслѣдствіе несостоятельности одной изъ сторонъ ³⁾.

Если конкурсное управленіе само заявитъ имущественное

¹⁾ См. Lynch указ. соч. § 46.

²⁾ Lynch приводитъ изъ практики англійскихъ третейскихъ судовъ слѣдующій случай. Одинъ изъ товарищей, управляющій каменноугольными копями, не выяснивъ надлежащимъ образомъ границы этихъ копей, разработалъ находящійся нѣ таковыхъ смежный участокъ, и послѣ полученія отъ владѣльца заявленія, что онъ нарушаетъ право чужой собственности, тѣмъ не менѣе продолжалъ разработку этого участка, не посоветовавшись со своими компаньонами, въ bona fide увѣренности, что владѣлецъ смежнаго участка не имѣетъ никакихъ законныхъ правъ на спорный участокъ; этотъ владѣлецъ сосѣдняго участка возбудилъ противъ него арбитражное дѣло о нарушеніи права собственности и причиненіи убытковъ. Компаньоны были увѣдомлены объ этомъ дѣлѣ лишь послѣ того, какъ на его разборъ путемъ арбитража было уже заключено соглашеніе; но они присутствовали при производствѣ арбитража и не протестовали противъ такового. Арбитръ нашелъ, что было сдѣлано нарушение права собственности и установилъ убытки въ размѣрѣ 6.000 ф. стерл. Такъ какъ компаньоны отказались внести свою часть, то означенный сотоварищъ возбудилъ противъ нихъ искъ, требуя признанія упомянутыхъ 6.000 ф. стерлинговъ долгомъ товарищества и уплаты компаньонами причитающейся съ нихъ части этой суммы. Было признано, что компаньоны согласились на арбитражъ, а посему они считаются связанными арбитражнымъ приговоромъ. См. изданіе А. Ф. Волкова «Защита правъ въ Англіи путемъ арбитража», стр. 19 и сл.

³⁾ Kohler, Ueber prozessrechtliche Verträge und Kreationen въ Gruchot's Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechtes, т. XXXI, стр. 524, Ср. Haffner указ. соч., стр. 34; Mayer указ. соч., стр. 15; Hayum указ. соч., стр. 19.

притязаніе на основаніи сдѣлки, которая, согласно заключеннаго съ несостоятельнымъ должникомъ соглашенія, стала подвѣдомственной третейскому суду, то компетенція въ разрѣшеніи всякихъ споровъ изъ этой сдѣлки не переходитъ къ общимъ или коммерческимъ судамъ, а конкурсное управленіе должно признать дѣйствіе третейскаго договора и противъ себя, такъ какъ, благодаря вступленію конкурсной массы въ юридическую сдѣлку, можетъ послѣдовать измѣненіе въ отдѣльныхъ договорныхъ условіяхъ лишь постольку, поскольку послѣднія противорѣчатъ правиламъ конкурснаго процесса, и соблюденіе отдѣльныхъ постановленій договора вообще и, въ частности третейскаго соглашенія, какъ существенной составной части договора, не исполнимо.

Равнымъ образомъ, если само конкурсное управленіе или съ его уполномочія несостоятельный должникъ заключить сдѣлку въ связи съ третейскимъ договоромъ, то разрѣшеніе споровъ между вѣрителями и заинтересованными сторонами входитъ въ компетенцію избраннаго въ соглашеніи третейскаго суда ¹⁾.

Соглашеніе о третейскомъ разбирательствѣ, заключенное, послѣ совершенія главнаго договора и договора о поручительствѣ, исключительно между главнымъ должникомъ и его кредиторомъ, по германскому праву недѣйствительно по отношенію къ поручителю. Но если третейскій договоръ заключенъ до договора о поручительствѣ, то поручитель въ случаѣ сомнѣнія подчиняется компетенціи третейскаго суда путемъ заключенія договора о поручительствѣ ²⁾.

Перечисленіе ряда лицъ, ограниченныхъ въ правоспособности общимъ гражданскимъ правомъ на заключеніе договоровъ, не входитъ въ задачу настоящаго труда. Здѣсь же слѣдуетъ указать, какъ на общее правило, принятое всѣми торговыми третейскими судами, что лица, не подчинившіяся рѣшенію, состоявшемуся по ихъ дѣлу,

¹⁾ Несостоятельный должникъ по англійскому праву не имѣетъ права обращаться къ третейскому разбирательству, но его администраторъ, съ согласія наблюдательнаго комитета, имѣетъ таковое право; своимъ обращеніемъ къ третейскому разбирательству администраторъ связываетъ имущество несостоятельнаго должника, если это не было оговорено иначе т. е., что онъ лично обязуется исполнить третейскій приговоръ. Несостоятельный должникъ имѣетъ, однако, право заключить соглашеніе о третейскомъ судѣ, связывающее его лично, но не его имущество. Lynch указ. соч. § 9. Ср. Slatter, Law of arbitration, стр. 32.

²⁾ См. Haffner указ. соч., стр. 34.

не имѣютъ права обращаться къ содѣйствію этихъ судовъ по другимъ дѣламъ или впредь до исполненія состоявшагося рѣшенія, или же навсегда ¹⁾).

Это правило является однимъ изъ необходимыхъ условій *rescriptum arbitrii*, такъ хорошо извѣстное древнему Риму, и его отнюдь нельзя разсматривать экономическимъ засиліемъ организованной группы надъ отдѣльными лицами, какъ неправильно полагаютъ Лейстъ и отчасти Геллеръ ²⁾).

Б. Объективныя условія.

Общія законодательства о третейскихъ судахъ содержатъ на этотъ предметъ различныя постановленія, на которыя уже было указано выше. Торговые третейскіе суды призваны разрѣшать вообще всѣ спорныя правоотношенія, вытекающія изъ торговыхъ сдѣлокъ ³⁾. Это правило на австрійскихъ биржахъ дѣйствуетъ на принципѣ принудительности въ томъ смыслѣ, что при наличности биржевой сдѣлки въ техническомъ смыслѣ, каждая сторона можетъ настаивать на рѣшеніи возможнаго спора третейскимъ судомъ и для достиженія своей цѣли представляетъ возраженіе о неподсудности иска, если оно предъявлено въ другомъ судѣ. Съ этимъ ограниченіемъ заключеніе сдѣлки на австрійскихъ биржахъ составляетъ *praesumptio juris* для компетенціи биржевого третейскаго суда, т. е. предположеніе, которое можетъ быть опровергнуто въ данномъ случаѣ представленіемъ письменнаго соглашенія, исключая-

¹⁾ А. Ф. Волковъ, Биржевое право, стр. 17.

²⁾ Leist указ. соч., стр. 5; Geller указ. соч., стр. 20.

³⁾ Согласно § 1025 германскаго Z. P. O. третейскій договоръ имѣетъ законную силу постольку, поскольку стороны управомочены на заключеніе мировой сдѣлки по предмету спора. По господствующему толкованію постановленіе это обозначаетъ съ одной стороны, что законные представители и другія лица, призванныя въ силу закона, вести чужія имущественныя дѣла, вродѣ душеприказчика и члена конкурснаго управленія, могутъ заключать третейскіе договоры при наличности тѣхъ же условій, при которыхъ они управомочены на заключеніе мировой, съ другой стороны, что для заключенія третейскаго договора по собственному ли, по чужому ли дѣлу требуется, чтобы предметъ спора могъ служить объектомъ мировой. См. Leist указ. соч., стр. 21.

ющаго компетенцію биржевого третейскаго суда съ условіемъ о подчиненіи другому суду, или безъ такового условія ¹⁾).

Если стороны заключаютъ условіе о совершенной на биржѣ сдѣлкѣ, въ которомъ онѣ въ ясной формѣ не отказываются отъ компетенціи биржевого третейскаго суда и не обращаются въ случаѣ спора къ коронному суду, то компетенція биржевого суда остается въ силѣ. Простое письменное изложеніе заключенной на биржѣ въ устной формѣ сдѣлки не уничтожаетъ компетенціи биржевого третейскаго суда, которая признается до представленія письменнаго доказательства противнаго.

Ст. XIV вводнаго закона расширяетъ компетенцію биржевого суда и на сдѣлки, заключенныя внѣ биржи ²⁾).

Если одна изъ сторонъ занимается сельскимъ хозяйствомъ, то третейскій судъ долженъ отклонить искъ по просьбѣ противной стороны или по собственной инициативѣ, какъ не подсудный тре-

¹⁾ Само собою разумѣется, что и безъ письменнаго соглашенія, исключасшаго компетенцію биржевого третейскаго суда, стороны въ правѣ, *при обоюдномъ согласіи*, представить свой споръ на разсмотрѣніе короннаго суда, и послѣдній не можетъ передать дѣло биржевому третейскому суду, хотя бы и не подлежало сомнѣнію, что спорная сдѣлка заключена на биржѣ. Ногоwitz указ. соч., стр. 112.

²⁾ Германская судебная практика, а также и нѣкоторые представители нѣмецкой литературы (напр. Нуссбаумъ, Геллеръ см. выше стр. 79) рассматриваютъ австрійскіе биржевые третейскіе суды, какъ государственные органы судебной власти, и приравниваютъ ихъ къ германскимъ ремесленнымъ третейскимъ судамъ. Это воззрѣніе до нѣкоторой степени правильно для споровъ, возникающихъ изъ биржевыхъ сдѣлокъ, такъ какъ онѣ должны быть разсмотрѣны биржевымъ третейскимъ судомъ, если стороны не составили въ письменной формѣ иного условія. Въ мотивахъ къ этому закону (Motivenbericht zur Regierungsvorlage der Einf. Ges. zur Z. P. O., стр. 11) даже указывается, что биржевые третейскіе суды, рассматривающіе техническія биржевыя сдѣлки по своему положенію и функціямъ весьма приближаются къ обязательнымъ третейскимъ судамъ, такъ какъ юрисдикція ихъ основана лишь отчасти на соглашеніи сторонъ, главнымъ же образомъ,—на авторитетѣ государства. Что же касается споровъ, возникшихъ изъ сдѣлокъ, заключенныхъ внѣ биржи, то компетентность биржевого третейскаго суда основывается не на законѣ, а исключительно на свободномъ соглашеніи сторонъ, выраженномъ въ письменномъ договорѣ. Въ данномъ случаѣ стороны пользуются по своему усмотрѣнію уже готовымъ третейскимъ судомъ, организованнымъ для разсмотрѣнія споровъ, вытекающихъ изъ заключенныхъ на биржѣ сдѣлокъ.

тейскому суду, при несоотвѣтствіи товарной сдѣлки производству, которымъ занимается данная сторона ¹⁾).

Не требуется, чтобы споръ имѣлъ своимъ объектомъ непосредственно лишь тѣ товары, которые допущены на данной биржѣ. Достаточно, если спорный объектъ имѣетъ какое нибудь отношеніе къ этимъ товарамъ. Сюда относятся всѣ вспомогательныя сдѣлки торговли, которыя служатъ для заключенія, исполненія или обезпеченія сдѣлки, заключенной на биржѣ; такими вспомогательными сдѣлками являются, напримѣръ, договоръ о перевозкѣ, страхованіи, коммисіонный и пр.

Въ практикѣ русскихъ арбитражныхъ комиссій предусматривается количество товара или его цѣнность (составляющія предметъ биржевой сдѣлки), и третейскій судъ не принимаетъ къ своему разбирательству иски, предъявленные на меньшія количество или цѣнность ²⁾).

Въ уставахъ постоянныхъ торговыхъ третейскихъ судовъ часто компетенція ихъ ограничивается спорными дѣлами въ опредѣленныхъ отрасляхъ торговли: нѣкоторыя категоріи спорныхъ дѣлъ, напр. опредѣленіе качества товара, передаются третейскими судами въ особая экспертныя или третейскія комиссіи ³⁾).

Въ торговыхъ сношеніяхъ третейскій договоръ заключается большей частью въ такой формѣ, что въ основной договоръ о сдѣлкѣ включается добавочное условіе, въ силу котораго стороны обращаются къ третейскому суду по всѣмъ спорнымъ вопросамъ, могущимъ возникнуть изъ договора. Для постоянного торговаго третейскаго суда поэтому является важнымъ рѣшеніе вопроса о томъ, что должно подразумѣваться подъ спорными вопросами изъ договора ⁴⁾).

Въ данномъ случаѣ должно быть обращено главное вниманіе

¹⁾ Это было установлено въ тѣхъ видахъ, чтобы защитить сельскохозяйственные круги отъ несвойственной ихъ занятіямъ биржевой игры. См. *Motivenbericht*, стр. 8.

²⁾ См. А. Ф. Волковъ, *Биржевое право* т. I, стр. 92.

³⁾ А. Ф. Волковъ, *Биржевой право* т. I, стр. 49 и сл.

⁴⁾ См. опредѣленіе у Наум'а понятія правовой споръ и соотвѣтствіе нѣмецкаго *Rechtsstreitigkeit* съ римскимъ *lis* (указ. соч., стр. 29). Daubenspeck полагаетъ, что посредствомъ компромисса споръ не рѣшается въ строгомъ смыслѣ этого слова, но уничтожается вслѣдствіе согласующейся воли сторонъ (указ. соч., стр. 7).

на истолкованіе третейскаго договора, а не на юридическую конструкцию.

Само собою разумѣется, что компетенція третейскаго суда не устраняется, если первоначальное обязательство должника по винѣ одной изъ сторонъ или за невозможностью быть выполненнымъ претерпитъ измѣненія. Равнымъ образомъ, третейскій судъ въ правѣ принять къ разсмотрѣнію всѣ вопросы о требованіяхъ по возмѣщенію убытковъ изъ основнаго договора.

Если стороны уничтожатъ впослѣдствіи путемъ соглашенія основнаго договоръ, то ихъ воля въ случаѣ сомнѣній понимается такъ, что компетенція третейскаго суда продолжаетъ существовать для такихъ дѣлъ, которыя возникаютъ по поводу обратной отдачи уже исполненнаго.

Если основнаго договоръ заключенъ съ условіями его отсрочки и прекращенія, то правильное толкованіе третейскаго договора даетъ обычно тотъ выводъ, что третейскій судъ долженъ рѣшить и вопросъ о томъ, наступило ли данное условіе, и какія юридическія послѣдствія связаны съ его наступленіемъ ¹⁾.

Будущіе споры.

Для германскихъ торговыхъ третейскихъ судовъ, третейскій договоръ относительно будущихъ споровъ не имѣетъ, согласно § 1026 Z. P. O., законной силы, если этотъ договоръ касается не какого либо опредѣленнаго юридическаго отношенія и вытекающихъ изъ него спорныхъ вопросовъ ²⁾. Такимъ образомъ, два купца не могутъ заключить между собой такого соглашенія, что всѣ договоры купли продажи, которые они заключатъ другъ съ другомъ, подлежатъ компетенціи третейскаго суда. Лишено также законной силы обязательство сочленовъ какого нибудь союза обращаться по всѣмъ спорнымъ дѣламъ, имѣющимъ возникнуть изъ ихъ взаимныхъ дѣловыхъ отношеній, къ третейскому суду союза ³⁾.

¹⁾ Haffner указ. соч. стр. 36.

²⁾ Kohler въ Gruchot's Beiträge т. XXXI, стр. 498; André, Gemeinrechtliche Grundzüge der Schiedsgerichte 1860, стр. 26 и сл.; Mayer ук. соч., стр. 30; Hayum указ. соч., стр. 27 и сл.

³⁾ Nussbaum, Kommentar zum Börsengesetz, München 1910, стр. 88; Apt, Die Gutachten der Aeltesten der Kaufmannschaft von Berlin, 1905, № 49 стр. 32 и № 63 стр. 40. См. Haffner указ. соч., стр. 34.

Австрійское законодательство предписываетъ, что договоръ о подчиненіи третейскому суду долженъ быть совершенъ при заключеніи или до ликвидаціи торговой сдѣлки. По этому поводу Горовицъ ¹⁾ замѣчаетъ, что выраженіе «при заключеніи сдѣлки» не слѣдуетъ понимать въ буквальномъ смыслѣ, ибо во 1) совсѣмъ не требуется, чтобы третейскій договоръ заключался одновременно со сдѣлкой, такъ какъ законъ предусматриваетъ лишь обычное время заключенія третейскаго договора, именно моментъ заключенія сдѣлки, но этимъ еще отнюдь не устраняется право сторонъ заключать подобный договоръ, въ виду имѣющей быть заключенной сдѣлки въ будущемъ, и во 2) третейскій договоръ можетъ быть заключенъ заранѣе при возникновеніи извѣстныхъ юридическихъ или дѣловыхъ отношеній для споровъ, могущихъ возникнуть изъ сдѣлокъ, имѣющихъ быть заключенными въ виду этихъ отношеній. Границей дѣйствительнаго третейскаго договора является извѣстное юридическое отношеніе, могущее сдѣлаться источникомъ споровъ. Наличие спора или даже только юридическаго отношенія не является необходимымъ условіемъ дѣйствительности третейскаго договора, если только споръ вытекаетъ изъ извѣстнаго указаннаго въ третейскомъ договорѣ юридическаго отношенія.

Не соотвѣтствовало бы духу закона, утверждаетъ Горовицъ ²⁾, если бы стороны, вступающія въ дѣловые отношенія, были лишены возможности подчинить компетенціи третейскаго суда всѣ могущіе возникнуть изъ этихъ отношеній споры, т. е. не только споры, возникающіе изъ сдѣлокъ уже заключенныхъ, но и изъ сдѣлокъ имѣющихъ быть заключенными. Подсудность спора биржевому третейскому суду обусловливается соглашеніемъ сторонъ, выраженнымъ въ законной формѣ; моментъ этого соглашенія существеннаго значенія не имѣетъ. Выраженіе закона «при заключеніи сдѣлки или до ликвидаціи сдѣлки» указываетъ лишь на обычный въ торговлѣ моментъ, но отнюдь не запрещаетъ выбора другого момента для заключенія третейскаго договора; изъ этого выраженія нельзя дѣлать вывода, что соглашеніе о подчиненіи биржевому третейскому суду до заключенія сдѣлки недѣйствительно въ тѣхъ случаяхъ, когда лица, состоящія другъ съ другомъ въ постоянныхъ дѣловыхъ отношеніяхъ, для болѣе цѣлесообразнаго веденія дѣла

¹⁾ Horovitz указ. соч., стр. 89.

²⁾ Horovitz указ. соч., стр. 90.

подчиняють заранѣ биржевому третейскому суду всѣ могущіе возникнуть у нихъ споры. Единственное ограниченіе состоитъ въ томъ, чтобы споръ, предлагаемый на разсмотрѣніе третейскаго суда, возникъ изъ *опредѣленныхъ* юридическихъ отношеній; однако понятіе «опредѣленности» не надо понимать въ смыслѣ уже существующаго юридическаго отношенія въ будущемъ ¹⁾.

Срочныя сдѣлки.

Западно-европейская литература и судебная практика имѣютъ богатый матеріалъ относительно биржевыхъ алеаторныхъ сдѣлокъ, или такъ называемыхъ сдѣлокъ на разницу ²⁾.

Нашему законодательству и практикѣ русскихъ биржъ совершенно неизвѣстны срочныя сдѣлки. О нихъ, по предложенію правительства, поднимался вопросъ на съѣздахъ представителей биржевой торговли и сельскаго хозяйства. На первомъ съѣздѣ означенныхъ представителей въ 1903 г. была принята резолюція, чтобы правительство не запрещало биржамъ введеніе срочной торговли хлѣбомъ, тогда какъ въ 1912 г. съѣздъ высказался противъ введенія у насъ срочной торговли.

Эти резолюціи пока свидѣтельствуютъ о полномъ отсутствіи знакомства съ обсуждаемымъ предметомъ ³⁾, но, само собою разумѣется, что, подъ вліяніемъ міровой торговли и при увеличеніи образованнаго класса коммерсантовъ, вопросъ о срочной торговлѣ, а въ связи съ нимъ и о сдѣлкахъ на разницу будетъ выдвинутъ и у насъ на ближайшую очередь.

Въ вопросѣ о компетенціи торговыхъ третейскихъ судовъ сдѣлки на разницу занимаютъ центральное положеніе въ Германіи и Австріи.

Въ Германіи судебная практика первоначально допускала ссылку на игру, т. е. ссылку на наличность сдѣлки на разницу, лишенной

¹⁾ Horovitz указ. соч., стр. 91.

²⁾ Oehlmann, Die juristische Behandlung und die wirtschaftliche Bedeutung der Effektermingeschäfte, Hannover 1911; Stillich, Die Börse und ihre Geschäfte, Berlin 1909; Taeubner, Die Börsen der Welt, Berlin 1911.

³⁾ Представители биржевой торговли на съѣздѣ въ 1912 г. при обсужденіи этого вопроса не могли съ достаточной ясностью разобраться въ понятіи срочной сдѣлки и смѣшивали ее со сдѣлкой на поставку, со сдѣлками на будущіе товары и пр.

судебной защиты въ томъ случаѣ, если отказъ отъ дѣйствительнаго принятія и доставки товара не только съ очевидностью вытекалъ изъ намѣренія сторонъ, но и имѣлось налицо соглашеніе, что дѣйствительное исполненіе договора исключается. Поэтому требовалось, чтобы это намѣреніе сторонъ при заключеніи договора было выражено въ ясной формѣ, а именно, что соотвѣтствующіе товары не должны быть доставлены, а что исполненіе договора ограничивается уплатой разницы въ цѣнѣ. Тотъ мотивъ, что обѣ стороны имѣли въ виду не дѣйствительную доставку товара, но лишь уплату разницы, считался несущественнымъ при опредѣленіи юридической природы сдѣлки, если только это намѣреніе контрагентовъ не выражалось ими въ соотвѣтствующей формѣ. Такимъ образомъ, юридическая сила и судебная защита признавалась за сдѣлками на разницу въ томъ случаѣ, если не имѣлось на лицо спеціального отказа отъ дѣйствительной поставки товара и контрагенты не были лишены права требовать дѣйствительнаго исполненія договора ¹⁾).

Съ 1892 года германскіе суды стали допускать, какъ доказательство заключенія чистой сдѣлки на разницу, молчаливое соглашеніе сторонъ и судебную провѣрку, что намѣреніе одной стороны спекулировать на разницу было извѣстно другому контрагенту, причемъ отсюда дѣлался выводъ объ отказѣ сторонъ отъ дѣйствительной поставки товара. Въ данномъ случаѣ суды обращали вниманіе на несоотвѣтствіе имущественнаго положенія коммитента, на его образовательный цензъ, на общественное положеніе, на поведеніе контрагентовъ во время дѣловыхъ переговоровъ и пр.

Но эта практика германскихъ судовъ не отличается постоянствомъ.

За послѣднее время имперскій германскій судъ исходитъ изъ того положенія, что добавочное условіе о третейскомъ разбирательствѣ въ договорѣ о сдѣлкахъ на разницу раздѣляетъ судьбу главнаго договора, т. е., что и самъ договоръ и добавочное условіе недѣйствительны. Такимъ образомъ, на практикѣ третейскіе суды лишены права рѣшать споры по сдѣлкамъ на разницу. Правовыя основанія, на которыхъ зиждется эта судебная практика, въ высшей степени спорны. Если запись о третейскомъ судѣ вѣрно отражаетъ волю сторонъ, то послѣдняя должна толковаться такимъ образомъ,

¹⁾ Horovitz указ. соч., стр. 202.

что третейскій судъ долженъ принять во вниманіе всѣ возможныя противъ сдѣлки возраженія, а слѣдовательно и возраженія о дѣйствительности или недѣйствительности сдѣлки. Правда, имперскій судъ неоднократно подтверждалъ, что въ отдѣльныхъ случаяхъ запись о третейскомъ судѣ можетъ быть независима отъ дѣйствительности главнаго договора, но лишь при условіи спеціальнаго упоминанія о семъ въ договорѣ. На практикѣ такихъ спеціальныхъ оговорокъ въ контрактахъ и условіяхъ сдѣлокъ не содержится ¹⁾. Такимъ образомъ, стороны не могутъ путемъ добавочнаго соглашенія защитить искомъ сдѣлку на разницу. Изъ этого общаго правила § 28 биржевого закона дѣлаетъ изъятіе для лицъ, внесенныхъ въ биржевой реестръ, какъ имѣющихъ право заключать сдѣлки на сроки.

Гафнеръ, ²⁾ разбирая практику имперскаго суда и приводя мнѣнія Петерсена, Зейферта, Колера, Гегера и Листа, приходитъ къ заключенію, что попытка отказать третейскимъ приговорамъ въ ихъ исполненіи по ничтожнымъ, или не защищеннымъ исками договорамъ, объясняются опасеніемъ, что институтъ третейскаго суда можетъ быть использованъ въ цѣляхъ обхода нормъ принудительнаго права.

Но если принять во вниманіе съ одной стороны, что третейскіе договоры, ставящіе себѣ цѣлью обходъ законовъ, недѣйствительны, а съ другой,—что третейскій договоръ связываетъ третейскаго судью постановленіями матеріальнаго права, нарушеніе коихъ можетъ повлечь за собой гражданскую отвѣтственность судьи, то для такого опасенія почти не останется мѣста. Возможно, конечно, что третейскій судья рѣшитъ извѣстное дѣло съ дѣйствительнымъ нарушеніемъ принудительныхъ юридическихъ нормъ, но то же самое можетъ сдѣлать и коронный судья. Это обстоятельство ни въ коемъ случаѣ не должно давать основаній для нарушенія закона въ цѣляхъ его защиты.

Къ этому Нуссбаумъ добавляетъ, что вопросъ о томъ, должно ли германское законодательство идти навстрѣчу тенденціямъ современной судебной практики, необходимо обсуждать не только съ юридической, но и съ законодательно-политической точки зрѣнія ³⁾.

¹⁾ Nussbaum указ. ст. въ Busch's Zeitschrift т. XLII, стр. 285 и его же Kommentar zum Börsengesetz прим. 13, 14 и 16 къ § 28.

²⁾ Haffner указ. соч. стр. 43 и сл.

³⁾ Nussbaum указ. ст. въ Busch's Zeitschrift т. XLII, стр. 285.

Во всякомъ случаѣ слѣдовало бы считаться и съ правовозрѣніемъ заинтересованныхъ торговыхъ круговъ, въ коихъ запрещеніе биржевыхъ сдѣлокъ разсматривается какъ не только несправедливое, но даже недопустимое явленіе въ современномъ торговомъ оборотѣ ¹⁾.

По австрійскому законодательству ²⁾ при техническихъ биржевыхъ сдѣлкахъ не допускается возраженіе, что исковое требованіе основано на алеаторной сдѣлкѣ, именно на договорѣ, который долженъ разсматриваться какъ игра и пари. Такимъ образомъ, при рѣшеніи спорныхъ сдѣлокъ, заключенныхъ въ помѣщеніи биржи, въ опредѣленное биржевое время, о товарахъ, допущенныхъ на данной биржѣ не допускается ссылки на то, что искъ основанъ на сдѣлкѣ, которая должна разсматриваться какъ игра или пари ³⁾. Основаніемъ для возникновенія этого правила послужило то соображеніе, что по господствующему въ торговомъ мірѣ мнѣнію чрезвычайно вредно отражается на кредитѣ сомнѣніе о возможности предъявлять иски по сдѣлкамъ, которыя сводятся не къ исполненію договора, а къ полученію разницы между покупной стоимостью и стоимостью товара въ день передачи его продавцомъ покупателю и что всякая неясность закона по этому вопросу особенно неблагоприятно вліяетъ на дѣятельность биржи, которая въ современной хозяйственной жизни призвана исполнять столь важныя функціи.

Въ виду того, что ссылка на игру и пари въ большинствѣ случаевъ является лишь щитомъ, за которымъ скрывается недобросовѣстность и нарушеніе договора, что допущеніе такого возраженія деморализующе дѣйствуетъ на биржу, давая этимъ возможность каждому недобросовѣстному контрагенту въ случаѣ удачи требовать все, а въ случаѣ неудачи не терять ничего; чтобы, далѣе,

¹⁾ Hammerschlag, Ueber Rückforderbarkeit der Deckung bei Differenzgeschäften, Wien 1901; Trumpler, Die Differenzgeschäfte, Wien 1895; Horovitz указ. соч., стр. 193.

²⁾ Законъ 4 января 1903 г. запретилъ биржевыя сдѣлки на срокъ въ торговлѣ хлѣбомъ и мучными продуктами и признаетъ ихъ недѣйствительными. Понятіе срочной сдѣлки законъ не опредѣляетъ, но въ § 11 дается признакъ ликвидаціи сдѣлки путемъ вычета цѣнъ и выравниванія разницъ.

³⁾ Объ экономическомъ значеніи срочныхъ сдѣлокъ см. въ особенности Oehlmann, Die juristische Behandlung und die wirtschaftliche Bedeutung der Effektermingeschäfte, Hannover 1911, а также Ю. Д. Филипповъ, Биржа въ Нов. Энци. Слов. т. 6, ст. 676 и сл.

лишить должника возможности противопоставлять заключенному на биржѣ договору поставки, возраженіе о спекулятивномъ характерѣ его, чтобы уклониться отъ исполненія договора, или оттянуть его и чтобы дѣйствительное право одной стороны не подвергать случайностямъ продолжительнаго судебного процесса,—по всѣмъ этимъ основаніямъ, по крайней мѣрѣ, для биржевыхъ операцій устраненіемъ этого возраженія была создана та прочность и строгость, которая, главнымъ образомъ, способствуютъ развитію здоровой хозяйственной дѣятельности ¹⁾).

При сдѣлкахъ, заключенныхъ внѣ биржи, по австрійскому законодательству допускается ссылка на то, что онѣ основаны на игрѣ или пари, при чемъ законъ предписываетъ третейскимъ судамъ разсматривать это возраженіе по нормамъ гражданского права. Во всякомъ случаѣ сторона должна сдѣлать это возраженіе въ третейскомъ судѣ. Послѣдній не обязанъ *ex officio* изслѣдовать этотъ вопросъ и сторона, не сдѣлавшая возраженіе, лишается права на обжалованіе рѣшенія. Если такое возраженіе судомъ вообще не будетъ принято во вниманіе, или же будетъ рѣшено неправильно, то третейскій приговоръ можетъ быть исправленъ короннымъ судомъ. Постановленіемъ этимъ не лишаются судебной защиты сдѣлки на разницу, т. е. тѣ спекулятивныя сдѣлки, которыя сводятся не къ дѣйствительной поставкѣ, а къ игрѣ на разницу; но противъ нихъ допускается при извѣстныхъ условіяхъ лишь возраженіе о томъ, что онѣ не охраняются закономъ. По буквальному смыслу закона не существуетъ презумпціи, что сдѣлка на разницу должна разсматриваться какъ игра или пари; напротивъ, это должно быть заявлено и доказано стороной, пользующейся этимъ возраженіемъ ²⁾).

Сдѣлка, которая основана на игрѣ или пари, дѣйствительна, но законъ отказываетъ подобнымъ сдѣлкамъ въ судебной защитѣ и поэтому по нимъ возникаетъ только натуральное обязательство, юридическое значеніе котораго состоитъ въ невозможности потребовать обратно то, что было предоставлено другому.

Не давая юридическаго опредѣленія понятія сдѣлки на разницу,

¹⁾ Motivenbericht zur Regierungsvorlage стр. 22 и 23, см. Horovitz указ. соч., стр. 194.

²⁾ Нѣсколько иначе толкуетъ законъ Нуссбаумъ въ смыслѣ недопустимости разсмотрѣнія сдѣлокъ на разницу въ австрійскихъ биржевыхъ третейскихъ судахъ. См. его статью въ Busch's Zeitschrift, т. XLII, стр. 286.

которая должна разсматриваться какъ игра или пари, законъ допускаетъ это возраженіе и предоставляетъ сторонѣ право обжалованія въ томъ случаѣ, когда возраженіе не будетъ принято во вниманіе, или же будетъ неправильно рѣшено.

Согласно австрійскому гражданскому уложенію (§§ 1270 и 1272) должно быть на лицо: а) игра или пари, т. е. рискъ долженъ составлять исключительную цѣль и содержаніе соглашенія, а это, по господствующему взгляду, бываетъ въ томъ случаѣ, если воля покупателя и продавца направлена на игру и между ними въ этомъ отношеніи дѣйствуетъ полное согласіе, и б) контрагенты должны «условиться» объ этой исключительной цѣли и содержаніи заключеннаго ими договора.

Въ опредѣленіи понятія «условиться» австрійская литература и судебная практика расходятся ¹⁾. Ибо подъ этимъ понятіемъ, съ одной стороны, подразумѣвается ясно выраженное соглашеніе сторонъ, а съ другой—вытекающее изъ сопровождающихъ договоръ обстоятельствъ намѣреніе дать извѣстное удовлетвореніе контрагенту, высказавшему при разногласіи утвержденіе, оказавшееся впоследствии вѣрнымъ.

Въ виду разнорѣчивости мнѣній, сдѣлка при различныхъ условіяхъ квалифицируется, какъ игра или пари. Согласно одному мнѣнію, требуется ясно выраженное соглашеніе сторонъ, т. е. принятіе на себя при заключеніи сдѣлки обязательства не исполнять на самомъ дѣлѣ договоръ, а лишь уплатить другому контрагенту разницу въ цѣнѣ. Сообразно съ этимъ взглядомъ, заключенной сдѣлкѣ придается характеръ игры или пари, которыхъ биржевое право лишаетъ судебной защиты не самый фактъ такого заключенія сдѣлки, который основывается на вполнѣ реальномъ исполненіи договора и при большомъ количествѣ спекулятивныхъ покупокъ и продажъ является правомѣрнымъ способомъ заключенія сдѣлки на разницу, но прямое, ясно выраженное уже при заключеніи сдѣлки, соглашеніе не исполнять на самомъ дѣлѣ договоръ, а вмѣсто этого уплатить лишь разницу въ цѣнѣ.

Далѣе, считаютъ излишнимъ принимать въ соображеніе, при выясненіи юридической природы сдѣлки на разницу, стремленіе контрагента къ наживѣ и придавать этому стремленію особое значеніе. Ибо съ этой точки зрѣнія пришлось бы признать недѣйстви-

¹⁾ Horovitz указ. соч., стр. 196 и сл.

тельными и лишенными судебной защиты большинство спекулятивных сдѣлокъ, основанныхъ на куплѣ-продажѣ, при которыхъ главнымъ образомъ имѣется въ виду полученіе барыша.

Признакомъ, отличающимъ игру отъ пари, является не цѣль договора, а его содержаніе, которое при игрѣ сводится непосредственно и исключительно къ взаимному обязательству уплатить разницу въ цѣнѣ, при спекулятивныхъ же сдѣлкахъ прежде всего къ обязательству продавца поставить товаръ и къ праву покупателя потребовать во всякое время доставленія товаровъ, которое затѣмъ уже можетъ быть замѣнено обязательствомъ уплатить разницу въ цѣнѣ. Передача объекта продажи непосредственно покупателю не считается существеннымъ моментомъ договора купли-продажи, такъ какъ договоръ этотъ остается въ силѣ, если покупатель и не получить товара. Запрещается не одностороннее намѣреніе спекулировать, а сдѣлка, основанная на игрѣ, т. е. двусторонній договоръ, имѣющій своею цѣлью игру.

Съ другой стороны, особенно съ 1894 г. ¹⁾, очевидно подъ вліяніемъ германской практики, австрійскіе суды стали допускать ссылку на неправильное представленіе иска по сдѣлкѣ на разницу на основаніи признаковъ, считавшихся ранѣе практикой недостаточными и стали признавать наличность сдѣлки на разницу даже въ томъ случаѣ, когда оба контрагента уже при заключеніи договора купли-продажи имѣли въ виду не исполненіе договора, а исключительно уплату однимъ другому разницы въ цѣнѣ товара. При изслѣдованіи вопроса о намѣреніи контрагентовъ, главнымъ образомъ обращаютъ вниманіе на то, былъ-ли контрагентъ по своему матеріальному положенію въ состояніи принять или доставить купленный товаръ, или же, напротивъ, обоюдное желаніе сторонъ при заключеніи сдѣлки сводилось къ тому, чтобы не исполнять договоръ на самомъ дѣлѣ, а ограничиться одной лишь уплатой разницы въ цѣнѣ товара.

Въ Англіи не допускается ссылка на игру противъ исковъ изъ сдѣлокъ, заключенныхъ контрагентами какъ членами биржи stock exchange ²⁾. Эти сдѣлки, если онѣ заключены на биржѣ, подсудны третейскому суду этой биржи. Распространеніе компетенціи третейскаго суда на сдѣлки между членами биржи и другими лицами

¹⁾ Horovitz указ. соч., стр. 200 исл.

²⁾ Horovitz указ. соч., стр. 207.

(outsiders) разрѣшено закономъ при спеціальному подчиненіи сторонѣ этому суду, и возраженіе, что сдѣлка основана на пари, допускается. Здѣсь также обращается вниманіе на имущественное положеніе (financial status) контрагентовъ и на возможность съ ихъ стороны дѣйствительно исполнить договоръ, т. е. доставить и принять товары.

Компенсация.

Противъ предъявленныхъ въ третейскомъ судѣ исковъ могутъ быть заявлены требованія о компенсациі, безотносительно къ тому, подсудны-ли онѣ этому суду или нѣтъ. Въ области общегражданскаго процесса представляется весьма спорнымъ вопросъ, могутъ-ли быть осуществлены въ процессѣ по исковому требованію, въ видѣ возраженія о зачетѣ, *всп* встрѣчныя требованія, независимо отъ того, относились-ли бы онѣ, въ случаѣ ихъ процессуальнаго осуществленія, къ компетенціи суда, рассматривающаго исковое требованіе, и даже, независимо отъ того, возможно-ли вообще ихъ осуществленіе судебнымъ порядкомъ ¹⁾.

Практика торговыхъ третейскихъ судовъ рассматриваетъ *зачетъ*, какъ взаимное погашеніе требованій, приводящее къ тѣмъ же послѣдствіямъ, что и *платежъ*, отъ котораго онъ, однако, по существу отличенъ. Возраженіе о зачетѣ также служитъ поэтому средствомъ къ достиженію того же юридическаго результата, что и взаимная уплата. Во всякомъ случаѣ, третейскій судъ не преминетъ рассмотреть возраженіе о послѣдовавшей уже уплатѣ, чтобы выяснить, погашено-ли этою уплатою, и въ какомъ размѣрѣ, исковое требованіе; равнымъ образомъ, третейскій судъ войдетъ въ обсужденіе и возраженія о зачетѣ, независимо отъ подсудности, которой подлежало бы это заявленіе, если бы оно было сдѣлано въ видѣ иска.

Обыкновенно компенсация представляется въ видѣ такого возраженія, которымъ должникъ стремится доказать фактъ, разрушающій чье-либо притязаніе или обстоятельство, и что, въ виду

¹⁾ Müller, Die Kompensation im Verfahren vor den Börsenschiedsgerichten, Wien 1905. См. тамъ же рядъ мнѣній Schrutka, Urban, Beck, Neumann, Polak и др. Кроме этого см. Unger, System des österreichischen Privatrechts. 5 Aufl., Leipzig, 1892—94.

имѣющагося у него по отношенію къ истцу встрѣчнаго требованія, требованіе истца погашено, т. е. это требованіе является или совершенно или отчасти неправомѣрнымъ.

Компенсация является поэтому защитой противъ извѣстнаго требованія, причемъ компенсантъ стремится одновременно къ реализаціи собственнаго требованія. Судья, обязанный съ одной стороны провѣрить доказательства, приведенныя въ подтвержденіе иска, долженъ также выслушать возраженія отвѣтчика противъ искового требованія, и притомъ всѣ возраженія, влекущія за собою полную или частичную ничтожность этого требованія. Судья долженъ не только разсмотрѣть вопросъ, возникло-ли исковое требованіе и какъ оно возникло, но и рѣшить, продолжаетъ ли оно еще существовать, т. е. онъ долженъ обсудить не только вопросъ о томъ, являются-ли приведенные истцомъ факты доказательствомъ правомѣрности требованія, но также и вопросъ, не повлекли-ли за собой наступившія впослѣдствіи обстоятельства *ipso jure* уменьшеніе или погашеніе этого требованія ¹⁾.

Поэтому третейскій судья въ правѣ провѣрить правомѣрность искового требованія во всѣхъ отношеніяхъ и включить для этого въ кругъ своихъ соображеній всякое возраженіе, которое предъ- является для полного или частичнаго опроверженія иска ²⁾.

Законному праву отвѣтчика заявлять о компенсациі соотвѣтствуетъ законная же обязанность судьи провѣрить правильность компенсациі и объявить ее правомѣрной или ничтожной. Это составляетъ обязанность того именно судьи, который рѣшаетъ вопросъ объ исковомъ требованіи, такъ какъ заявленіе о компенсациі не можетъ быть сдѣлано у другого судьи ³⁾.

Зачетъ не допускается въ томъ случаѣ, когда имъ затраги-

¹⁾ Unger указ. соч., т. II, стр. 492.

²⁾ Kohler, Compensation und Prozess in Busch's Zeitschrift für deutschen C. P. т. XIX, стр. 45. См. Horovitz указ. соч., стр. 168.

³⁾ Было бы нарушеніемъ справедливости, если бы принятый третейскимъ судомъ зачетъ былъ предъявленъ затѣмъ въ коронномъ судѣ. Если же, наоборотъ, третейскій судъ удовлетворитъ первоначальный искъ. то въ такомъ случаѣ необходимо, на основаніи обстоятельствъ дѣла и въ особенности на основаніи мотивовъ третейскаго постановленія, выяснить, хотѣлъ ли тѣмъ самымъ третейскій судъ сказать, что заявленнаго встрѣчнаго требованія не существуетъ, или же, что разсмотрѣніе этого требованія передается третейскимъ судомъ коронному суду. См. Haffner указ. соч., стр. 31.

ваются публично-правовыя нормы. Напримѣръ, согласно австрійскому и германскому законодательствамъ, невозможно компенсировать отношенія, возникшія при сдѣлкахъ на разницу, при сдѣлкахъ, заключенныхъ подъ давленіемъ картелей, а также и въ томъ случаѣ, если сдѣлки не соотвѣтствуютъ сельскохозяйственному промыслу.

Такимъ образомъ, благодаря эластичности и приспособляемости, третейскіе суды болѣе свободно обходятъ признанныя наукою и практикою трудности, связанныя съ примѣненіемъ общихъ процессуальныхъ опредѣленій о зачетѣ.

Сальдо.

При искахъ изъ признаннаго противной стороной сальдо по контокоррентному счету прежде всего слѣдуетъ выяснить, подсудны ли третейскому суду всѣ заключающіяся въ контокоррентномъ счетѣ статьи. Если этого не усматривается, тогда третейскій договоръ лишается силы путемъ признанія сальдо. Если же, наоборотъ, въ компетенцію третейскаго суда входили сдѣлки по всѣмъ статьямъ контокоррентнаго счета, то заключеніе счетовъ обычно слѣдуетъ понимать въ томъ смыслѣ, что и искъ изъ сальдо долженъ окончательно разсматриваться третейскимъ судомъ. Иное рѣшеніе можно было бы принять развѣ лишь тогда, когда послѣ заключенія контокоррентнаго счета заканчиваются и соотвѣтственныя дѣловыя сношенія ¹⁾.

Искъ по векселю.

Равнымъ образомъ германская судебная практика признаетъ подсудность третейскимъ судамъ и иски по векселю. Если при какой нибудь продажѣ, со включеніемъ условія о третейскомъ раз-

¹⁾ Колеръ разсматриваетъ выводъ сальдо и переносъ его на новый счетъ, какъ прекращеніе третейскаго договора. См. его *Lehrbuch d. Konkursrechts*, Stuttgart 1891, стр. 563. Въ контокоррентномъ счетѣ Унгеръ усматриваетъ новацію въ отношеніи сальдо, которая получается послѣ погашенія принятыхъ въ расчетъ требованій посредствомъ договорной компенсаціи, Unger, *Fragmente aus dem Obligationenrechte Grünhut's Zeitschrift*, т. III. стр. 521; Müller, *Die Kompensation im Verfahren vor den Börsenschiedsgerichten*, Wien 1905. См. также Holbeck, *Börsentermingeschäfte der Fondsbörse im Contocorrent*, Hildesheim 1912.

бирательствѣ, будетъ данъ въ платежъ вексель, то искъ продавца противъ покупателя, основанный на вексельномъ обязательствѣ подлежитъ вѣдѣнію третейскаго суда; наоборотъ, иски, предъявляемые какимъ нибудь другимъ управомоченнымъ по векселю или противъ какого нибудь другого должника по векселю, подсудны лишь коронному суду, исключая тѣхъ случаевъ, когда истецъ и отвѣтчикъ заключили между собой спеціальный третейскій договоръ ¹⁾).

Мировая сдѣлка.

Австрійскимъ биржевымъ третейскимъ судамъ предписывается, чтобы въ ихъ уставахъ были предусмотрѣны правила о заключеніи мировыхъ сдѣлокъ. Юридическая сила заключенной въ третейскомъ судѣ мировой сдѣлки не обусловливается тѣмъ, чтобы ей предшествовало третейское судебное разбирательство, поэтому допустимо, что стороны кончаютъ споръ мировой, если даже не было предъявлено иска и не было по нему производства. Но само собою предполагается, чтобы споръ, по которому должна быть заключена мировая сдѣлка, могъ быть подчиненъ въ субъективномъ и объективномъ отношеніи компетенціи третейскаго суда. Сущность правъ, которыя были признаны въ мировой сдѣлкѣ не можетъ болѣе оспариваться. Для заключенія мировой сдѣлки, требуется или спеціальная довѣренность, уполномачивающая на заключеніе данной мировой сдѣлки, или же общая довѣренность, въ коей предусматривается право заключенія мировыхъ сдѣлокъ ²⁾).

Германское законодательство не содержитъ никакихъ постановленій относительно судебно-третейской мировой сдѣлки. Нуссбаумъ объясняетъ это простымъ недосмотромъ законодателя. Въ настоящее время судебно-третейская мировая сдѣлка не только лишена преимущества судебной, но ей даже ставятся нѣкоторыя препятствія. При предъявленіи требованія изъ судебно-третейской мировой сдѣлки возникаетъ вопросъ о томъ, компетентенъ-ли третейскій судъ разсматривать это требованіе. По объясненію Нуссбаума, рѣшеніе почти всегда зависитъ отъ обстоятельствъ каждаго отдѣльнаго случая и никогда не можетъ быть точно опредѣлено заранѣе. Большею частью обстоятельства складываются такъ, что,

¹⁾ Haffner указ. соч., стр. 36.

²⁾ Horovitz указ. соч., стр. 156 и сл.

при отсутствіи опредѣленныхъ указаній о компетентности третейскаго суда, требованіе изъ этой мировой сдѣлки должно быть предъявлено въ судъ государственномъ. Если-же сторонѣ приходится еще разъ обратиться къ третейскому суду, то обыкновенно это является для нея пустою тратою времени и удорожаніемъ производства, въ особенности, когда требованіе изъ мировой сдѣлки не оспаривается, и дѣло идетъ лишь о томъ, чтобы провести ее черезъ исполнительную инстанцію.

Въ виду такого дефекта германскаго законодательства, Нуссбаумъ обращаетъ на это вниманіе будущаго законодателя и, съ своей стороны, рекомендуетъ признать мировыя сдѣлки исполнимыми, если онѣ занесены въ протоколъ третейскихъ судовъ при помощи секретаря, подготовленнаго къ судебной дѣятельности. Дальнѣйшія правила относительно формъ протокола могутъ быть выработаны въ уставахъ о третейскихъ судахъ. Равнымъ образомъ, мировая сдѣлка можетъ быть достаточно предохранена отъ послѣдующихъ измѣненій, если письменный о ней актъ будетъ сданъ на храненіе соотвѣтствующей публичной корпораціи, при коей находится третейскій судъ ¹⁾.

Судебныя издержки.

Торговый третейскій судъ имѣетъ, наконецъ, право постановлять рѣшеніе и по вопросу о причитающихся сторонамъ и самому третейскому суду судебныхъ издержкахъ ²⁾. Это само собою явствуется изъ правильнаго толкованія третейскаго договора, хотя бы въ уставѣ третейскаго разбирательства и не заключалось постановленія о судебныхъ издержкахъ. Разъ уставъ третейскаго разбирательства не опредѣляетъ размѣровъ судебныхъ издержекъ, опредѣленіе ихъ предоставлено третейскимъ судьямъ, которые должны, однако, держаться при этомъ въ установленныхъ границахъ. Третейскій судъ имѣетъ право взыскать съ истца судебныя издержки даже и въ томъ случаѣ, когда онъ признаетъ, что дѣло ему неподсудно, такъ какъ, хотя и не на основаніи третейскаго договора, но самымъ фактомъ предъявленія иска истецъ

¹⁾ Nussbaum указ. ст. въ Busch's Zeitschrift т. XLII, стр. 288 и сл.

²⁾ Другого взгляда придерживается практика нѣкоторыхъ германскихъ судовъ. См. у Haffner'a указ. соч., стр. 47.

молчаливо изъявилъ согласіе нести издержки, вызванныя дѣятельностью третейскаго суда. Если же, съ другой стороны, третейскій судъ, несмотря на подсудность ему извѣстнаго дѣла, отклонить отъ себя разсмотрѣніе послѣдняго, въ такомъ случаѣ судебныя издержки не могутъ быть взимаемы, потому что третейскіе судьи не исполнили порученія, предложеннаго имъ сторонами.

Согласно практикѣ германскаго имперскаго суда, опредѣленіе размѣра издержекъ разсматривается какъ новый третейскій приговоръ, а потому оно должно быть подписано всѣми третейскими судьями, снабжено мотивами и вообще должно удовлетворять всѣмъ правиламъ, изложеннымъ въ §§ 1039 и 1041 Z. P. O. Въ постоянныхъ торговыхъ третейскихъ судахъ эту работу единолично выполняетъ секретарь. Противъ его неправильныхъ дѣйствій допускается жалоба въ третейскій судъ ¹⁾).

В. Формальныя условія.

Подсудность торговому третейскому суду устанавливается третейскимъ договоромъ. Законность третейскаго договора опредѣляется на основаніи общихъ постановленій гражданского права.

Заключеніе третейскаго договора.

Одно только германское законодательство не требуетъ для третейскаго договора какой-либо формы, т. е. третейскій договоръ можетъ быть заключенъ словесно и даже молча ²⁾). Однако, законъ все же предоставляетъ письменному третейскому договору то преимущество, что лишь при его посредствѣ можетъ быть сразу же опре-

¹⁾ Nussbaum указ. ст. въ Busch's Zeitschrift, т. XLII, стр. 290.

²⁾ Обычно наиболѣе распространенная форма въ видѣ молчаливаго заключенія третейскаго договора наблюдается не только въ Германіи, но и во всѣхъ странахъ ведущихъ съ нею торговлю. См. Gutachten der Aeltesten der Kaufmannschaft von Berlin, 1910, 1911. Согласно § 1027 Z. P. O. каждая сторона можетъ требовать составленіе этого договора въ видѣ письменнаго документа. Это постановленіе, говоритъ Нуссбаумъ, совершенно нецѣлесообразно. Искъ одной стороны по отношенію къ другой объ изложеніи договора на письмѣ не признается и вообще во всѣхъ отношеніяхъ является безсмыслицей. См. Nussbaum указ. ст. въ Busch's Zeitschrift т. XLII, стр. 302.

дѣлено подлежащее судебное мѣсто для совершенія юридическихъ дѣйствій, для отдачи приговора на храненіе, для ходатайства объ отмѣнѣ или исполненіи приговора ¹⁾).

Законодательства остальныхъ государствъ требуютъ для третейскаго договора обязательно письменной формы ²⁾. Въ особенности это строго проводится въ австрійскомъ законодательствѣ для биржевыхъ третейскихъ судовъ. Законъ предоставляетъ третейскому суду право и налагаетъ на него обязанность при наличности письменнаго третейскаго договора разсматривать въ извѣстныхъ случаяхъ спорныя дѣла; третейскій судъ обязанъ и уполномоченъ рѣшать споры, если къ нему обращаются на основаніи письменнаго третейскаго договора, какъ договора, обусловливающаго его компетенцію.

Обѣ стороны должны въ письменной формѣ изъявить свое желаніе подчиниться третейскому суду. Поэтому *одностороннее* подчиненіе недостаточно; въ этомъ случаѣ допускается возраженіе отвѣтчика, что только онъ, а не истецъ подчинился въ письменной формѣ третейскому суду и посему недостаетъ обоюднаго согласія подчиниться этому суду. Предъявленіе иска не замѣняетъ недостающаго со стороны истца письменнаго заявленія о подчиненіи третейскому суду, ибо обращеніе въ судъ предполагаетъ уже законченную сдѣлку, обращеніе къ третейскому суду—уже существующее соглашеніе, т. е. обоюдное письменное заявленіе о желаніи подчиниться третейскому суду, и искъ не можетъ создать соглашенія или дополнить его ³⁾. Тѣмъ болѣе, что при договорахъ, заключа-

¹⁾ §§ 1045, 1046 Z. P. O.

²⁾ Въ странахъ, находящихся подъ вліяніемъ французскаго законодательства, обращается особое вниманіе на соблюденіе формы заключенія третейскихъ договоровъ. Эти предписанія носятъ принудительный характеръ и, въ случаѣ несоблюденія ихъ, третейскій договоръ является недѣйствительнымъ.

³⁾ Въ практикѣ германскихъ судовъ установлено, что, если отвѣтчикъ принялъ устное участіе въ разборѣ главной сдѣлки, не заявляя о неподсудности дѣла третейскому суду, то признается наличность молчаливаго соглашенія объ этой подсудности, но лишь постольку, поскольку изъ хода дѣла выяснилось, что рѣчь идетъ о сознательномъ отказѣ отъ возраженія о неподсудности дѣла третейскому разбирательству. Имперскій германскій судъ въ слѣдующихъ случаяхъ призналъ подсудность дѣлъ третейскому суду: 1) третейскіе судьи вынесли рѣшеніе по дѣлу, которое первоначально вовсе и не передавалось на ихъ рѣшеніе сторонами, но стороны участвовали въ разбирательствѣ дѣла и не протестовали противъ этого; 2) отвѣтчикъ не

емыхъ въ установленной закономъ письменной формѣ, изъ конклюдентныхъ дѣйствій стороны нельзя вывести, что она признаетъ достаточнымъ одностороннее письменное заявленіе о подчиненіи третейскому суду, если только законъ не допускаетъ противнаго. Предъявленный искъ можно въ лучшемъ случаѣ разсматривать какъ документальное заявленіе истца о желаніи его заключить третейскій договоръ. Но такое заявленіе отнюдь не замѣняетъ требуемаго закономъ документальнаго доказательства послѣдовавшаго уже заключенія третейскаго договора ¹⁾).

Согласіе на разбирательство въ третейскомъ судѣ можетъ и не выражаться въ одномъ актѣ, не требуется также наличности совмѣстныхъ подписей на третейскомъ договорѣ; наоборотъ, послѣдній вступаетъ въ силу путемъ взаимнаго обмѣна договорнымъ актомъ, подписаннымъ лишь одной стороной. Способъ и моментъ письменнаго закрѣпленія третейскаго договора предоставлены всецѣло усмотрѣнію договаривающихся сторонъ. Для юридической силы третейскаго договора совершенно безразлично поэтому, выразилось ли во внѣ заключеніе послѣдняго въ формѣ единого акта съ совмѣстными подписями обѣихъ сторонъ на одномъ и томъ же документѣ, или же связывающій ихъ третейскій договоръ возникаетъ изъ совпаденія взаимныхъ отдѣльныхъ волеизъявленій, выраженныхъ въ двухъ особыхъ актахъ. Требованіе, чтобы на договорномъ актѣ имѣлись бы совмѣстныя подписи обѣихъ договаривающихся сторонъ, не имѣетъ и практическаго значенія, такъ какъ каждая сторона, имѣя въ рукахъ актъ, подписанный другой стороной, можетъ во всякое время присоединить къ этой подписи и свою, создать тѣмъ самымъ совмѣстность подписей и придать, такимъ образомъ, по внѣшности юридической сдѣлкѣ форму двусторонней. Это послѣдующее присоединеніе своей подписи не внесло бы никакого измѣненія въ юридическое значеніе договорнаго акта, такъ какъ требованіе совпаденія подписей по мѣсту не обусловливаетъ еще совпаденія ихъ по времени ²⁾).

возражалъ противъ расширенія иска, выходившаго изъ рамокъ третейскаго договора и 3) отвѣтчикъ безъ оговорки согласился на новое неправильно возбужденное разбирательство. Рѣшенія Reichsgericht'a отъ 22 янв. 1904, 14 мая 1909 и др. см. у Haffner'a указ. соч., стр. 30.

¹⁾ Endemann, Das deutsche Handelsrecht § 95, Leipzig 1887, Thöl, Handelsrecht, т. I § 175, Leipzig 1879; см. Horovitz указ. соч., стр. 32.

²⁾ Horovitz указ. соч., стр. 32 и сл. Иначе Geller, Die Uebergriffe de Börse-Schiedsgerichte, Wien, 1884, стр. 27.

Обычно подсудность торговому третейскому суду устанавливается сторонами такимъ образомъ, что послѣднія включаютъ въ свои контракты о заключеніи сдѣлокъ оговорку о третейскомъ судѣ. Эта оговорка не должна даже быть выражена въ формѣ определеннаго третейскаго договора; она можетъ ограничиться однимъ лишь указаніемъ, что здѣсь примѣнимы правила определеннаго договорнаго формуляра, «контракта», которыя, въ свою очередь, предусматриваютъ подсудность сдѣлокъ третейскому суду. Введеніемъ оговорки о третейскомъ судѣ стороны признаютъ вмѣстѣ съ тѣмъ и правила третейскаго разбирательства ¹⁾.

Одно время былъ довольно спорнымъ вопросъ, возможно ли заключеніе третейскаго договора *телеграфнымъ* способомъ, т. е. можетъ ли обмѣнъ телеграммъ замѣнить установленную закономъ письменную форму совершенія договоровъ? Въ этомъ отношеніи наука права и законодательство только въ послѣднее время подыскивали твердыя юридическія основанія, которыя отвѣчали бы фактическимъ и вошедшимъ въ обычай условіямъ торговаго оборота. Въ Германіи этотъ вопросъ былъ подвергнутъ обстоятельному обсужденію, и въ результатѣ признано было заключеніе договоровъ путемъ телеграммъ однимъ изъ видовъ допускаемой закономъ письменной формы ²⁾.

Въ настоящее время во всѣхъ государствахъ, гдѣ телеграфныя учрежденія находятся въ вѣдѣніи правительства, гражданское право признаетъ за депешей силу офіціального акта ³⁾.

Въ Россіи для приданія депешѣ офіціального характера требуется въ нѣкоторыхъ случаяхъ удостовѣреніе подписи отправителя телеграфнымъ учрежденіемъ.

¹⁾ Къ письменнымъ договорамъ приравняются уставы товариществъ, союзовъ, корпорацій и т. п. для дѣйствительныхъ ихъ членовъ. См. Fehr указ. соч., стр. 27.

²⁾ См. подробн. у Ногоvitz'a указ. соч., стр. 34.

³⁾ Возможность односторонняго отказа со стороны отдѣльнаго контрагента исключена, такъ какъ храненіе оригиналовъ депешъ государство вмѣняетъ въ обязанность телеграфному вѣдомству, которое является, поэтому, и безъ формальнаго договора поклажи, въ качествѣ депозитара обѣихъ сторонъ. Телеграфная депеша можетъ служить, такимъ образомъ, суррогатомъ третейскаго договора въ томъ случаѣ, если доставленная адресату депеша, какъ и телеграмма отправленія, содержитъ въ себѣ условія третейскаго договора и если отправитель подписалъ сданную въ пунктъ отправленія депешу лично или черезъ законнаго представителя. Meili, Das Telegraphenrecht, Zürich, 1873, стр. 61 и сл. См. Ногоvitz указ. соч., стр. 36 и сл.

Согласіе на третейскій судъ выражается подписью сторонъ на договорѣ о третейскомъ судѣ. Подпись устанавливаетъ связь между текстомъ акта и лицомъ, его составившимъ; она представляетъ собою, какъ заключительную часть текста, наглядное свидѣтельство того, что письменный договоръ состоялся и превратился въ формальный актъ, коимъ всѣмъ составнымъ частямъ договора дается юридическое бытіе ¹⁾.

Требуемая для признанія дѣйствительности третейскаго договора подпись мыслится въ обычномъ словоупотребленіи, какъ *подпись фамиліи*, такъ какъ послѣдняя представляетъ самую существенную часть письменной формы и одна даетъ непреложную увѣренность въ томъ, что письменное заявленіе исходитъ отъ лица, его подписавшаго.

Невозможно провести рѣзкую границу между достаточной и недостаточной подписью, а потому нельзя выставить и общаго основанія по вопросу о необходимыхъ условіяхъ для подписи; въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ приходится рѣшать, имѣется ли только небрежная подпись лица, умѣющаго писать, или же только простое «руку приложилъ» неграмотнаго лица.

Относительно формы подписей рѣшающее значеніе имѣютъ въ общемъ торговые и юридическіе обычаи и фактически практикующіяся юридическія обыкновенія. Третейскій договоръ имѣетъ юридическую силу, хотя бы онъ былъ подписанъ и карандашомъ. Подпись, согласно общепризнанному значенію этого слова, представляетъ собою рукописное изображеніе фамиліи подъ актомъ.

Если подпись на третейскомъ актѣ сдѣлана печатнымъ или литографскимъ способомъ, или, вообще, путемъ факсимиле, то нѣкоторыми учеными такая подпись считается за дѣйствительную на томъ основаніи, что она сдѣлана съ вѣдома, по волѣ и въ силу порученія того лица, къ которому она относится, и обязываетъ его совершенно такъ же, какъ и собственноручная подпись; подавляющимъ большинствомъ другихъ писателей всякая иная подпись, кромѣ собственноручной, признается недопустимой, такъ какъ само слово «подпись» и исторически и филологически слѣдуетъ разсматривать, какъ рукописную подпись ²⁾.

¹⁾ См. Ногоvitz указ. соч., стр. 37 и сл.

²⁾ См. контраверзы Дербурга, Канштейна, Ульмана и др., подробно изложенныя у Ногоvitz'a указ соч. стр. 42. Ср. также Науит указ. соч., стр. 53.

Подпись обязываетъ подписавшагося даже и въ случаѣ его заявленія, что онъ не читалъ содержанія подписаннаго имъ акта, такъ какъ того требуетъ обезпеченность торговаго оборота. Если обязывающійся не читалъ до того акта и подписалъ его, не ознакомившись съ его содержаніемъ, то его неосвѣдомленность произошла по собственной винѣ и возлагать ея послѣдствія на ни въ чемъ неповинную и добросовѣстно поступившую сторону, нѣтъ основаній.

Прекращеніе третейскаго договора.

Прекращеніе третейскаго договора можетъ послѣдовать, прежде всего, путемъ взаимнаго соглашенія сторонъ. Это соглашеніе является самостоятельнымъ договоромъ и содержаніе его можетъ быть направлено или исключительно на уничтоженіе третейскаго договора или на созданіе новаго суда¹⁾. Довольно спорнымъ является вопросъ, требуются ли какія либо формальности для уничтоженія третейскаго договора. Съ одной стороны доказывается его *безформальность* на томъ основаніи, что уничтоженіе договора составляетъ само по себѣ самостоятельный договоръ, совершенно независимый отъ его заключенія, а для такого прекращающаго договора нигдѣ не установлена письменная форма. Съ этой точки зрѣнія третейскій договоръ, независимо отъ того, какая форма установлена закономъ, можетъ быть снова расторгнутъ послѣдующимъ устнымъ или письменнымъ соглашеніемъ²⁾. Съ другой стороны, для расторженія договоровъ, заключаемыхъ въ установленной закономъ письменной формѣ, требуется, наоборотъ, письменная форма³⁾. Исключеніе устанавливаетъ австрійскій биржевой законъ относительно сдѣлокъ, заключенныхъ на *биржѣ*, для коихъ подвѣдомственность биржевымъ третейскимъ судамъ устанавливается *ipso jure*, фактомъ

¹⁾ Въ англійской практикѣ третейскихъ судовъ третейскій договоръ не можетъ быть уничтоженъ, если въ немъ не предусмтрѣна взаимность расторженія, иначе, какъ съ разрѣшенія короннаго суда и имѣетъ во всѣхъ отношеніяхъ одинаковую съ судебнымъ приговоромъ силу. Lynch указ. соч. § 43.

²⁾ Koch, Recht der Forderung т. II, стр. 500. См. Horovitz указ. соч., стр. 98.

³⁾ Horovitz указ. соч., стр. 99.

заключенія сдѣлки; эта юридическая презумпція можетъ быть устранена лишь письменнымъ соглашеніемъ.

Потеря, или уничтоженіе третейскаго акта или договора, съ коимъ въ видѣ добавочнаго условія связано было третейское соглашеніе, не влечетъ за собою ничтожности третейскаго договора. Утеранный или уничтоженный документъ можетъ быть замѣненъ написаніемъ новаго акта, а содержаніе этого документа и создаваемое имъ юридическое отношеніе устанавливается съ помощью всѣхъ допускаемыхъ закономъ способовъ доказательства ¹⁾).

Если одна изъ сторонъ оспариваетъ, или, несмотря на возраженіе, утверждаетъ дѣйствительность третейскаго договора, или фактъ заключенія на биржѣ какой нибудь сдѣлки, или если кто нибудь, еще до возникновенія матеріальнаго правопритязанія, вообще юридически заинтересованъ въ томъ, чтобы установить на судѣ, существуетъ-ли третейскій договоръ и заключена-ли сдѣлка на биржѣ, въ силу чего всякіе возникающіе изъ нея споры подлежатъ биржевому третейскому суду, въ такомъ случаѣ лицо это имѣетъ право требовать *установленія* этого конкретнаго юридическаго отношенія, могущаго стать предметомъ спора, путемъ судебного приговора.

Прекращеніе третейскаго договора происходитъ, засимъ, въ томъ случаѣ, когда разбирательство дѣла переходитъ въ коронный судъ.

Если при наличіи договора, подлежащаго исполненію по частямъ, искъ изъ какой-либо части такого договора будетъ предъявленъ въ коронномъ судѣ, и если при этомъ другая сторона согласится на разбирательство дѣла въ этомъ судѣ, то тѣмъ самымъ отпадаетъ подсудность третейскому разбирательству и остальныхъ частей договора, и весь третейскій договоръ уничтожается. Вопросъ о томъ, прекращается-ли третейскій договоръ съ заключеніемъ мировой сдѣлки по основному договору, разрѣшается на основаніи разбора каждаго отдѣльнаго случая ²⁾). Если два купца заключаютъ другъ съ другомъ сдѣлки опредѣленнаго типа со включеніемъ условія о третейскомъ разбирательствѣ, въ такомъ случаѣ мировая сдѣлка не затронетъ компетенціи третейскаго суда и мѣры принужденія къ испол-

¹⁾ Bähr, Der Urkundenbeweis, стр. 47. См. у Horovitz'a указ. соч., стр. 100.

²⁾ Nussbaum, Kommentar zum Börsengesetz München, 1910, стр. 92.

ненію мирового соглашенія подлежатъ вѣдѣнію третейскаго суда. Тоже самое относится къ обѣщанію платежа, признанію долга и т. п. ¹⁾.

Если на искъ, предъявленный въ третейскомъ судѣ, отвѣтчикъ возразить ссылкой на то, что основной договоръ, за несоглашеніемъ сторонъ, не былъ заключенъ, то рѣшеніе вопроса о подсудности третейскому суду должно быть различно, смотря по предыдущему образу дѣйствія отвѣтчика. Если, напр., стороны обмѣнялись одинаковыми по содержанію контрактами о заключеніи сдѣлки со включеніемъ условія о третейскомъ разбирательствѣ, или если отвѣтчикъ принялъ контрактъ истца или его посредника, но оспариваетъ заднимъ числомъ совершеніе сдѣлки, то въ данномъ случаѣ признается, что третейскій договоръ все же состоялся и дѣло подсудно третейскому суду ²⁾. То же самое примѣнимо, напр., и въ томъ случаѣ, если отвѣтчикъ пересланный ему контрактъ о заключеніи сдѣлки хотя и опорочилъ съ самаго начала, но, однако, и самъ стоялъ на той точкѣ зрѣнія, что договоръ состоялся, и лишь по одному опредѣленному пункту (не по поводу условія о третейскомъ разбирательствѣ), утверждалъ, что соглашеніе состоялось въ нѣсколько иной формѣ. Въ этихъ случаяхъ и отвѣтчикъ проявлялъ во внѣ свое желаніе заключить третейскій договоръ, и поэтому воля обѣихъ сторонъ сводится къ тому, что вопросъ о томъ, была ли заключена сдѣлка или нѣтъ, долженъ быть рѣшаемъ третейскимъ судомъ. Если третейскій судъ придетъ приэтомъ къ убѣжденію, что купля-продажа состоялась и присудитъ отвѣтчика, то послѣдній не можетъ оспаривать въ коронномъ судѣ приговора третейскаго суда на томъ основаніи, что вслѣдствіе отсутствія третейскаго договора незаконно было самое третейское разбирательство. Если третейскій судъ придетъ къ заключенію, что основной договоръ заключенъ не былъ, то судъ долженъ отказать истцу въ его искѣ. Если, наоборотъ, отвѣтчикъ отослалъ, напр., контрактъ истца или посредника, не признавъ сдѣлки, или если онъ какимъ нибудь инымъ способомъ съ самаго начала оспаривалъ заключеніе главнаго договора, то и въ такомъ случаѣ третейскій судъ, имѣетъ право разсмотрѣть и рѣшить дѣло, если онъ считаетъ сдѣлку (со включеніемъ условія о третейскомъ разбирательствѣ) совершившейся; но отвѣтчикъ можетъ тогда, если

¹⁾ Gaupp-Stein къ § 1033; см. Haffner указ. соч., стр. 36.

²⁾ Haffner, указ. соч. стр. 37 и сл.

онъ не согласился на третейское разбирательство, оспаривать постановленіе третейскаго суда путемъ просьбы объ отмѣнѣ приговора со ссылкой о незаконности третейскаго разбирательства. И если, съ другой стороны, третейскій судъ въ этомъ случаѣ придетъ къ выводу, что сдѣлка не была совершена, то судъ вообще не имѣетъ права рѣшать дѣла и долженъ отклонить его за неподсудностью.

Главный договоръ со включеніемъ условія о третейскомъ разбирательствѣ.

Спорнымъ является вопросъ о томъ, раздѣляетъ-ли третейскій договоръ юридическую судьбу главнаго договора. Германскій имперскій судъ допускаетъ, что стороны могутъ придти къ соглашенію относительно того, что и споръ о томъ, обладаетъ-ли заключенная сдѣлка законной силой, долженъ рѣшаться путемъ третейскаго разбирательства.

По мнѣнію имперскаго суда, изъ повторяющихся ссылокъ на обычныя условія контрактовъ, предусматривающія третейское разбирательство—въ особенности при продолжительныхъ дѣловыхъ торговыхъ отношеніяхъ—можно вывести заключеніе о желаніи сторонъ, чтобы споры объ юридическихъ послѣдствіяхъ сношеній по новымъ сдѣлкамъ того же рода рѣшались ужъ исключительно третейскимъ судомъ ¹⁾. Но такое самостоятельное значеніе условій о третейскомъ договорѣ представляется для имперскаго суда лишь исключеніемъ. Вообще же онъ придерживается того мнѣнія, что обычно нельзя отдѣлять условіе о третейскомъ судѣ отъ самой сдѣлки, что недѣйствительность главнаго договора имѣетъ своимъ послѣдствіемъ недѣйствительность соглашенія о третейскомъ разбирательствѣ ²⁾.

¹⁾ См. Haffner указ. соч., стр. 39.

²⁾ Колеръ полагаетъ, что нельзя дѣлать вывода разъ недѣйствительны нѣкоторые пункты главнаго договора, то и соглашеніе о третейскомъ судѣ недѣйствительно. См. его *Gesammelte Beiträge zum Civilprozess*, Berlin, 1894, стр. 179 и сл. Гайюмъ предлагаетъ разслѣдовать, является-ли запись о третейскомъ разбирательствѣ въ главномъ договорѣ существенной или несущественной; въ зависимости отъ этого рѣшается вопросъ о дѣйствительности третейскаго договора. Naum указ. соч., стр. 73. Лейстъ утверждаетъ, что соглашеніе о третейскомъ судѣ должно всегда разсматриваться

Иного взгляда держится Гафнеръ ¹⁾. Послѣдній ставитъ вопросъ такимъ образомъ: считаютъ ли стороны необходимымъ условіемъ третейскаго соглашенія дѣйствительность главнаго договора, или же стороны заключаютъ соглашеніе о третейскомъ разбирательствѣ на всякій случай, будетъ ли главный договоръ дѣйствителенъ или нѣтъ.

Совершенно ясно, говоритъ онъ, что при заключеніи третейскаго соглашенія стороны въ громадномъ большинствѣ случаевъ не думаютъ о возможной недѣйствительности или оспариваемости главнаго договора. Стороны просто желаютъ во всѣхъ спорахъ объ исполненіи сдѣлки замѣнить коронныхъ судей третейскими. Такимъ образомъ, для сторонъ третейское соглашеніе является самостоятельнымъ договоромъ рядомъ съ главнымъ договоромъ, причемъ недѣйствительность послѣдняго не касается соглашенія о третейскомъ разбирательствѣ. Что недѣйствительность главнаго договора должна влечь за собой такія же послѣдствія и для третейскаго договора, эта точка зрѣнія чужда обыкновенному смертному, который ничего не знаетъ о конструкціяхъ юристовъ. Правда, постояннымъ третейскимъ судамъ часто приходится встрѣчаться съ тѣмъ, что отвѣтчикъ возражаетъ: «главный договоръ недѣйствителенъ, а потому дѣло неподсудно третейскому суду». Хотя такія возраженія и опираются на извѣстныя сторонамъ рѣшенія государственныхъ судовъ, но эти возраженія не имѣютъ ничего общаго *съ правосознаніемъ купеческой среды*. Такимъ образомъ, условіе, коимъ кто-либо подчиняется компетенціи третейскаго суда по всѣмъ спорнымъ вопросамъ изъ какого нибудь договора, можетъ быть истолковано правильно, т. е. въ согласіи съ воззрѣніями и способомъ выраженія заинтересованныхъ сторонъ, лишь въ томъ смыслѣ, что компетенція третейскаго суда сохраняется и тогда, когда законъ отказываетъ въ признаніи юридической силы за главнымъ договоромъ.

Если анализъ третейскаго договора выяснитъ, что онъ долженъ имѣть силу и въ случаѣ недѣйствительности главнаго договора,

какъ договоръ самостоятельный, но что соглашеніе о третейскомъ разбирательствѣ должно почитаться недѣйствительнымъ, если предметъ его является отношеніе, которое не подлежитъ сужденію третейскихъ судей. См. *Schiedsprüche gegen zwingendes Recht*, Berlin 1900, стр. 31.

¹⁾ См. указ. соч., стр. 40.

тогда рѣшеніе третейскаго суда не можетъ быть оспариваемо проигравшимъ дѣло отвѣтчикомъ, ссылающимся на то, что третейское разбирательство было будто бы незаконно, вслѣдствіе отсутствія имѣющаго законную силу третейскаго договора ¹⁾. Съ другой стороны, если третейскій судъ придетъ къ тому заключенію, что главный договоръ недѣйствителенъ, и искъ поэтому не обоснованъ, то третейскому суду нѣтъ надобности объявлять, что дѣло ему неподсудно, а слѣдуетъ отклонить искъ путемъ рѣшенія дѣла по существу.

Высказанныя положенія Гафнеръ ²⁾ примѣняетъ прежде всего къ тѣмъ юридическимъ сдѣлкамъ, которыя подлежатъ оспариванію. Какъ разъ при оспариваніи договора на *основаніи ошибки*, особенно рельефно выступаетъ самостоятельное значеніе условія о третейскомъ разбирательствѣ: никому не придетъ въ голову мысль, что всякое указаніе на ошибку при заключеніи договора дѣлаетъ тѣмъ самымъ ничтожнымъ главный договоръ, и что эта недѣйствительность договора влечетъ за собой и недѣйствительность третейскаго договора. Такимъ образомъ, оспариваніе договора на основаніи ошибокъ не затрагиваетъ обычно третейскаго договора. Конечно, когда ошибка заключается въ томъ, что ошибившійся вообще не хотѣлъ заключать никакой сдѣлки, то тогда вмѣстѣ съ главнымъ договоромъ отпадаетъ и третейскій договоръ. При оспариваніи сдѣлки, вслѣдствіе преднамѣреннаго вовлеченія въ заблужденіе, дѣйствуетъ то же правило, что и при опорачиваніи сдѣлки, вслѣдствіе ошибки. Если главный договоръ былъ заключенъ подъ противозаконной угрозой, въ такомъ случаѣ надо полагать, что и третейскій договоръ заключенъ въ большинствѣ случаевъ подъ впечатлѣ-

¹⁾ Иначе смотритъ Лейстъ: если стороны спорятъ о томъ, является-ли сдѣлка, которая въ силу третейскаго договора подлежитъ разбирательству третейскаго суда, правоотношеніемъ, то третейскій судъ можетъ, на основаніи § 1037 Z. P. O., войти въ разбирательство и этого вопроса и постановить по нему рѣшеніе. Но такое рѣшеніе не обязательно для короннаго суда потому что третейскій судъ не можетъ самъ устанавливать предѣлы своей компетенціи; послѣдняя опредѣляется лишь при посредствѣ законно дѣйствующаго третейскаго договора. Разъ въ коронномъ судѣ будетъ доказано, что данная сдѣлка не являлась юридическимъ отношеніемъ, въ такомъ случаѣ постановленіе третейскаго суда не можетъ быть признано. Leist ук. соч., стр. 39.

²⁾ См. указ. соч., стр. 41.

ніемъ угрозы, и поэтому при оспариваніи подлежитъ отмѣнѣ вмѣстѣ съ главнымъ договоромъ.

Само собою разумѣется, что при серьезномъ сомнѣніи въ юридическомъ характерѣ главнаго договора, стороны могутъ на законномъ основаніи передать при или послѣ заключенія этого договора на разрѣшеніе третейскаго суда вопросъ о законной силѣ главнаго договора. Такой третейскій договоръ долженъ быть обычно истолковываемъ въ томъ смыслѣ, что третейскому суду надлежитъ разрѣшить также и вопросъ объ юридическихъ послѣдствіяхъ дѣйствительности или недѣйствительности главнаго договора посредствомъ отклоненія иска или присужденія отвѣтчика. Въ такомъ случаѣ третейское разбирательство примѣнимо во всемъ его объемѣ и третейскій приговоръ неуязвимъ.

Въ заключеніе Гафнеръ ¹⁾ проводитъ свою точку зрѣнія на дѣйствительность третейскаго договора и въ томъ случаѣ, когда впослѣдствіи обнаруживается ничтожность главной сдѣлки, или когда онъ носитъ характеръ игры. Въ этомъ случаѣ, говоритъ Гафнеръ, третейскій договоръ заключенъ не *in fraudem legis*, а потому онъ долженъ имѣть самостоятельное значеніе. Приговоръ третейскаго суда долженъ быть признанъ подлежащимъ исполненію и не можетъ быть оспариваемъ ссылкой на то, что, вслѣдствіе отсутствія имѣющаго законную силу договора, нѣтъ мѣста третейскому разбирательству, или что третейскій судъ присудилъ отвѣтчика къ уплатѣ по иску, несмотря на ничтожность или недѣйствительность главнаго договора. Но это мнѣніе Гафнера не находитъ себѣ признанія ни въ литературѣ, ни въ судебной практикѣ.

¹⁾ Haffner указ. соч., стр. 42.

III.

Составъ торговаго третейскаго суда.

Порядокъ избранія или назначенія торговыхъ третейскихъ судей въ большинствѣ случаевъ опредѣляется уставами профессиональныхъ организацій. Только австрійское законодательство содержитъ довольно подробныя предписанія относительно законности состава биржевыхъ третейскихъ судовъ.

Избраніе третейскихъ судей.

Въ предшествующемъ изложеніи до нѣкоторой степени уже указаны общія основанія порядка составленія постоянного третейскаго суда ¹⁾, здѣсь же достаточно ограничиться иллюстрирующими примѣрами западно-европейской практики ²⁾.

Согласно правиламъ Лондонской хлѣботорговой ассоціаціи, всѣ споры, возникающіе изъ сдѣлокъ, заключенныхъ по выработаннымъ ассоціаціей контрактамъ, должны быть представлены на рѣшеніе двухъ арбитровъ (referee), или назначеннаго ими суперъ-арбитра (umpire); причемъ арбитры или суперъ-арбитръ имѣютъ быть назначены письменно каждой изъ сторонъ въ теченіе десяти дней по возникновеніи упомянутаго спора или разногласія, или нарушеніи какого-либо обязательства и послѣдовавшемъ о семъ заявленіи противной стороны. Если одна сторона въ опредѣленное время не назначитъ или, вообще, откажется назначить арбитра, то арбитръ противной стороны разсматриваетъ дѣло одинъ; если же

¹⁾ См. выше стр. 63, 72, 80, 84 и пр.

²⁾ А. Ф. Волковъ, Биржевое право, т. I, стр. 24 и сл.

назначены оба арбитра, то таковые до разбора дѣла избираютъ суперъ-арбитра. Если арбитры не согласятся относительно рѣшенія предложеннаго имъ вопроса и не выберутъ третьяго арбитра, то его назначаетъ распорядительный комитетъ. Арбитры должны быть изъ числа лицъ, занимающихся хлѣбной торговлей и состоящихъ членами Лондонской хлѣбной биржи или общества «Балтикъ» (The Baltik).

На Берлинской товарной биржѣ споры рѣшаются спеціальной депутаціей, состоящей изъ: 1) четырехъ членовъ совѣта старшинъ (Aeltesten-Collegium) и 2) одиннадцати членовъ купеческой корпорации, которые избираются на трехлѣтній срокъ совѣтомъ старшинъ и утверждаются въ должности оберъ-президентомъ Бранденбургской провинціи. Депутація состоитъ подъ контролемъ старшинъ купечества. Въ общемъ собраніи депутаціи предсѣдательствуетъ одинъ изъ входящихъ въ ея составъ старшинъ, избираемый на годъ всѣми членами. Депутація эта учреждаетъ изъ своей среды нѣсколько отдѣленій для третейскаго разбора споровъ, назначая въ каждое изъ такихъ отдѣленій по три члена, срокомъ на 1 мѣсяць. Стороны, впрочемъ, могутъ условиться между собою относительно передачи ихъ спора другому составу третейскихъ судей, состоящему изъ большаго или меньшаго состава лицъ; но эти третейскіе судьи, во всякомъ случаѣ, должны принадлежать къ составу упомянутой выше депутаціи.

Русскія арбитражныя комиссіи обыкновенно состоятъ изъ всего наличнаго состава биржевого комитета и въ большинствѣ случаевъ въ такомъ же числѣ избираются къ нимъ члены изъ биржевого общества. Избраніе происходитъ ежегодно. Въ уставахъ арбитражныхъ комиссій предусматривается избраніе предсѣдательствующаго и его замѣстителей.

Для законности состава требуется участіе въ засѣданіяхъ комиссіи нечетнаго числа, обыкновенно, не менѣе 5 членовъ.

Согласно австрійскому законодательству ¹⁾, сторона, не принадлежащая къ биржевымъ кругамъ, получаетъ право избрать третейскихъ судей изъ опредѣленнаго числа лицъ, стоящихъ внѣ биржи и назначаемыхъ торгово-промышленными палатами по соглашенію съ профессиональными торгово-промышленными организаціями и сельскохозяйственными обществами въ извѣстномъ пропорціональномъ отношеніи.

¹⁾ Horovitz указ. соч., стр. 122 и сл.

Составленный список третейских судей долженъ быть вывѣшенъ въ помѣщеніи третейскаго суда.

Если третейскій судъ долженъ быть составленъ изъ членовъ или посѣтителей биржи и изъ лицъ, не принадлежащихъ къ биржѣ, и третейскіе судьи не могутъ столкнуться относительно предсѣдательствующаго, то таковой назначается президентомъ коллегіи третейскихъ судей, принадлежащихъ къ биржѣ.

Число третейскихъ судей, подлежащихъ внесенію въ списокъ, опредѣляется уставомъ соотвѣтственной биржи. Условіями для включенія въ списокъ являются: 1) австрійское подданство, 2) полная дѣеспособность, 3) достиженіе 30 лѣтняго возраста, 4) мѣстожиительство и постоянное пребываніе въ мѣстѣ нахожденія биржи или по близости ея и 5) наличность требуемыхъ спеціальныхъ знаній. Лица, намѣчаемыя торгово-промышленными палатами въ третейскіе судьи, должны по крайней мѣрѣ въ теченіе 3 лѣтъ самостоятельно производить или вести торговое или промышленное предпріятіе, или—въ теченіе 5 лѣтъ служить въ такихъ предпріятіяхъ; такимъ образомъ, законодательство озабочено предоставить полную гарантію въ томъ, чтобы судьи обладали необходимыми для отправленія обязанностей знаніями условій данной отрасли торговли или промышленности и относящихся къ нимъ законовъ и обычаевъ.

Члены и посѣтители данной биржи, впавшіе въ несостоятельность, не могутъ быть избираемы въ третейскіе судьи, пока они не получаютъ утраченныхъ или пріостановленныхъ правъ на торговлю или промыселъ.

Третейскій судья лишается своего званія, если будетъ доказано, что онъ, при исполненіи своихъ служебныхъ обязанностей, совершилъ грубое нарушеніе служебнаго долга, неоднократно пропускалъ засѣданія, пренебрегая своими обязанностями, принималъ подарки или обнаруживалъ явное лицепріятіе.

Договоръ сторонъ съ третейскими судьями.

Германскій Z. P. O. не содержитъ никакихъ правилъ о договорѣ сторонъ съ третейскими судьями, касающемся принятія ими на себя судейскихъ обязанностей, и по германской судебной практикѣ это *rescriptum arbitrii* вообще не считается необходимымъ для дѣйствительности договора о третейскомъ судѣ. Точно также и австрійскій процессуальный кодексъ, а равно и правила русскихъ

арбитражныхъ комиссій, не содержитъ никакихъ правилъ о томъ, въ какой формѣ и въ какое время лица, назначенныя третейскими судьями, должны дать обѣщаніе разсмотрѣть извѣстное спорное дѣло. Въ виду этого, обычно признается, что лица, избранныя въ третейскіе судьи, выражаютъ свое согласіе на исполненіе своихъ обязанностей путемъ конклюдентныхъ дѣйствій, т. е. простымъ вступленіемъ въ должность.

Подчиняясь добровольно торговому третейскому суду, стороны ограничиваютъ себя при выборѣ третейскихъ судей правилами, содержащимися въ уставѣ третейскаго суда. Выборъ сторонъ не долженъ пасть на опредѣленныхъ лицъ, исполняющихъ во время соглашенія обязанности третейскихъ судей. Такой порядокъ не только законенъ, но и правиленъ, такъ какъ кругъ лицъ, изъ которыхъ должны быть выбраны члены коллегіи третейскихъ судей и самый способъ избранія ихъ достаточно извѣстенъ, чтобы исключить возможность воздѣйствія одной стороны на составъ третейскаго суда ¹⁾. Подчиненіе правиламъ устава считается соглашеніемъ и дѣлаетъ содержаніе устава обязательнымъ какъ для сторонъ, такъ и для третейскихъ судей.

Третейскіе судьи не должны быть поименованы въ соглашеніи; достаточно, чтобы выборъ лицъ, которымъ предоставляется рѣшеніе спора, былъ указанъ въ соглашеніи и чтобы образованіе третейскаго суда было въ достаточной степени обосновано. Третейскій договоръ получаетъ обязательную силу уже тогда, когда контрагенты создали извѣстныя нормы, благодаря которымъ устраняется произволъ одной стороны при составленіи третейскаго суда.

Соглашеніемъ о третейскомъ судѣ стороны какъ бы заявляютъ, что тѣ лица, которыя будутъ соотвѣтствующей организаціей избраны судьями по правиламъ устава, являются ихъ избранниками, облеченными ихъ довѣріемъ, какъ будто бы они уже заранѣе были указаны сторонами.

¹⁾ По разъясненію королевскаго прусскаго министерства юстиціи является совершенно безразличнымъ, выбраны ли третейскіе судьи самими сторонами, или же послѣднія остановились на лицахъ, выбранныхъ союзами или извѣстными классами общества для того, чтобы функционировать въ качествѣ третейскихъ судей по опредѣленному роду спорныхъ дѣлъ, ибо дѣятельность этихъ третейскихъ судовъ основана исключительно на третейскомъ договорѣ, т. е. на волѣ сторонъ. См. у Ноговицъ'а указ. соч. стр. 257.

Выше было изложено мнѣніе Геллера, утверждающаго, что австрійскіе биржевые судьи не избираются сторонами, а назначаются выше ихъ стоящей властью ¹⁾, и что, по отношенію къ сторонамъ, биржевой третейскій судъ занимаетъ такое же положеніе, какъ и коронный судъ. Такое утвержденіе неправильно. Австрійскіе биржевые третейскіе суды являются все же органомъ биржъ, а не государства; они не отвѣчаютъ предъ послѣднимъ за исполненіе своей судебной дѣятельности, а только предъ выбравшими ихъ сторонами, такъ какъ стороны уже заранѣе въ третейскомъ договорѣ условились выбрать судей изъ этого опредѣленнаго круга лицъ. Третейскіе суды не имѣютъ судейскаго авторитета, который можетъ быть пріобрѣтенъ только назначеніемъ на должность верховною властью или отъ ея имени. Юрисдикція ихъ, ограниченная извѣстными лицами и опредѣленнымъ родомъ дѣлъ, основана въ каждомъ конкретномъ случаѣ на волѣ сторонъ. Австрійскіе биржевые третейскіе суды черпаютъ свою юрисдикцію изъ этого соглашенія сторонъ, а не изъ нормъ закона; словомъ, третейское соглашеніе, а не постановленія закона принуждаютъ стороны къ подчиненію третейскому рѣшенію.

Участіе въ третейскомъ судѣ юридически образованнаго секретаря.

Условіемъ для законнаго состава коллегіи биржевого суда австрійское законодательство требуетъ привлеченіе способнаго отправлять обязанности судьи секретаря, утверждаемаго въ должности министерствомъ финансовъ по соглашенію съ министерствомъ юстиціи. Секретарь биржевого третейскаго суда принимаетъ жалобы, даетъ сторонамъ необходимыя указанія, принимаетъ съ совѣщательнымъ голосомъ участіе въ постановленіи рѣшеній и изготавляетъ въ окончательной формѣ приговоры суда.

Такое требованіе для образованія состава суда коммисія по составленію проекта биржевого закона ²⁾ считала необходимымъ въ видахъ введенія юридическаго элемента какъ для обезпеченія съ

¹⁾ См. выше стр. 85.

²⁾ Motivenberichte des Permanenz-Ausschusses des Abgeordnetenhauses, стр. 8. Ср. также Lindheim указ. соч., стр. 72.

формальной стороны хода засѣданій, такъ и для выясненія третейскимъ судьямъ юридическихъ вопросовъ. ¹⁾ Но какимъ способомъ этотъ юридическій элементъ долженъ быть введенъ въ биржевой третейскій судъ, мнѣнія коммисіи расходились. Съ одной стороны, предлагали назначить предсѣдателемъ третейскаго суда лицо, имѣющее право на судейскую должность, съ другой—ввести такое лицо въ составъ самаго третейскаго суда съ правомъ рѣшающаго голоса, наконецъ—съ третьей—полагали прикомандировать это лицо къ биржевому третейскому суду въ качествѣ секретаря, но при извѣстныхъ условіяхъ, а именно—чтобы оно было способно къ отправленію судейскихъ обязанностей, назначеніе его утверждалось правительствомъ и чтобы въ третейскомъ судѣ оно пользовалось совѣщательнымъ голосомъ. Коммисія высказалась за послѣднее предложеніе по слѣдующимъ основаніямъ. Биржевые третейскіе суды представляютъ изъ себя организованныя постоянныя учрежденія съ заранѣе избранными судьями, изъ числа коихъ сторона должна въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ сдѣлать выборъ. Кромѣ сего, въ биржевыхъ третейскихъ судахъ естественнымъ путемъ выработались извѣстныя традиціи, благодаря тому, что обычай играетъ здѣсь доминирующую роль. Обычай и справедливость, равно какъ и сильно выраженное направленіе скорѣе примирять, чѣмъ разрѣшать споры, дѣлаютъ изъ биржевыхъ третейскихъ судовъ такія учрежденія, которыя требуютъ особой оцѣнки, вызываютъ необходимость въ принятіи особыхъ мѣръ для ихъ организаціи, соотвѣтствующей ихъ функціямъ, существу ихъ дѣятельности и качествамъ ихъ членовъ, такъ какъ государство не должно допускать разрѣшеніе частно-правовыхъ споровъ, не обставленнаго гарантіями безпристрастности и знанія дѣла.

Сообразно съ этимъ положеніемъ биржевыхъ третейскихъ судовъ, коммиссія приняла существующую конструкцію и отклонила назначеніе въ предсѣдательствующіе биржевыхъ третейскихъ судовъ лицъ, имѣющихъ право на занятіе должности судьи, такъ какъ такое назначеніе придало бы имъ характеръ судовъ съ при-

¹⁾ Въ торговой средѣ, говоритъ Линдгеймъ, существуетъ не только предубѣжденіе, но даже страхъ предъ юристами. Если юристъ засѣдаетъ въ торговомъ судѣ на одинаковыхъ началахъ съ купцами, то послѣдніе будутъ всегда идти на его буксирѣ, и, такимъ образомъ, всѣ дѣла будутъ рѣшать юристъ по одному своему усмотрѣнію. Однако, опытъ австрійскихъ биржъ доказалъ противное. Lindheim указ. соч. стр. 83.

сяжными засѣдателями, потребовало бы допущеніе апелляціи и вообще пришлось бы распространить на нихъ рядъ общихъ процессуальныхъ правилъ ¹⁾).

Германскія торговыя организаціи заимствовали практикующійся въ Австріи порядокъ и также ввели у себя юридическую консультацию въ лицѣ секретаря третейскаго суда. Участіе юриста тѣмъ болѣе необходимо, что уставы нѣкоторыхъ постоянныхъ третейскихъ судовъ не допускаютъ представительства черезъ адвокатовъ, такъ что третейскіе судьи, не будучи юристами, были бы совершенно лишены руководства въ вопросахъ дѣйствующаго права ²⁾).

Отводъ третейскихъ судей.

Уставы постоянныхъ торговыхъ третейскихъ судовъ содержатъ подробныя правила объ отводѣ третейскихъ судей ³⁾).

На русскихъ биржахъ, въ качествѣ основного правила, дѣйствуетъ тотъ принципъ, что каждой сторонѣ, предъ началомъ разбирательства спора, предоставляется право отвести по одному члену суда безъ объясненія причинъ. Засимъ членъ арбитражной комисіи устраняется отъ разбирательства дѣлъ: 1) въ которыхъ заинтересованы лично онъ, его ближайшіе родственники или его торговыя компаньоны, и 2) лица, съ коими онъ имѣетъ тяжбу.

Въ Англіи только коронный судъ можетъ устранить избраннаго стороною арбитра при недобросовѣстномъ его поведеніи и отмѣнить постановленное имъ рѣшеніе. ⁴⁾).

¹⁾ См. Horovitz, указ. соч. стр. 124. Ср. Lindheim указ. соч. стр. 74 и сл.

²⁾ Haeger, указ. соч. стр. 24. Нуссбаумъ рекомендуетъ при пересмотрѣ Z. P. O. въ части касающейся третейскихъ судовъ, предусмотрѣть постоянные третейскіе суды, организуемые не только публично-правовыми организаціями, но и частными союзами. Въ этомъ случаѣ онъ признаетъ необходимымъ участіе въ третейскомъ судѣ члена какой либо официальной корпораціи (напр. торговой палаты) и замѣщеніе должности секретаря лицомъ, подготовленнымъ къ судебной дѣятельности. См. Nussbaum указ. ст. въ Busch's Zeitschrift т. XLII, стр. 268.

³⁾ А. Ф. Волковъ, Биржевое право т. I, стр. 29.

⁴⁾ Арбитры исполняютъ судейскія обязанности, а посему они должны обладать судейскимъ безпристрастіемъ и избѣгать даже тѣни подозрѣнія (пользуясь, напр., гостепріимствомъ одной изъ сторонъ); это касается одинаково какъ единоличнаго арбитра, такъ и нѣсколькихъ совмѣстныхъ арби-

Германскій Z. P. O. предусматриваетъ отводъ третейскаго судьи по тѣмъ же поводамъ и съ тѣми же условіями, какъ и судьи государственнаго ¹⁾. Но кромѣ сего, въ постоянныхъ третейскихъ судахъ отводъ производится въ случаѣ проявленія медленности въ исполненіи обязанностей ²⁾.

Въ германской судебной практикѣ признано, что посредствомъ третейскаго договора, или на основаніи устава о третейскихъ судахъ, рѣшеніе о заявленномъ отводѣ можно изъять изъ вѣдѣнія государственнаго суда и передать на разсмотрѣніе другихъ инстанцій совершенно частнаго характера. Нуссбаумъ съ точки зрѣнія политики права предлагаетъ ³⁾ предоставить рѣшеніе объ отводѣ третейскаго судьи государственному суду или какой либо публично-правовой корпораціи. Свое предложеніе онъ мотивируетъ такимъ образомъ. Государство заинтересовано въ томъ, чтобы сомнительныя личности не были допускаемы къ отправленію судебно-третейскихъ обязанностей, такъ какъ при объявленіи исполнимости государственнѣйшій судъ не можетъ разслѣдовать третейскій приговоръ по существу. Но и съ точки зрѣнія сторонъ было бы несправедливымъ формализмомъ, въ случаяхъ причиненія убытковъ недобросовѣстнымъ судьей, указывать имъ на то, что заключеніемъ третейскаго договора онѣ признали уставъ о третейскомъ судѣ, въ коемъ поставлены извѣстныя границы для отвода неподлежащихъ судей. Въ большинствѣ случаевъ, утверждаетъ Нуссбаумъ, стороны не читаютъ соотвѣтствующіе параграфы устава, или не понимаютъ во всей полнотѣ ихъ значенія. Если, поэтому, сторона не уяснитъ себѣ, что ея отводъ неоснователенъ, то ей непріятно подчиняться приговору третейскихъ судей, въ неправильности коего она убѣждена.

Какъ предложеніе Нуссбаума, такъ и его мотивировка, не выдерживаютъ критики. Идея третейскаго договора, какъ покою-

тровъ; весьма часто при назначеніи нѣсколькихъ совмѣстныхъ арбитровъ существуетъ мнѣніе, что каждый изъ этихъ арбитровъ является адвокатомъ назначившей его стороны, а суперъ-арбитръ—судьей, но подобное мнѣніе ошибочно. См. Lynch указ. соч. § 48.

¹⁾ § 1032 Z. P. O.

²⁾ Объ участіи въ составѣ третейскаго суда представителя конкурснаго управленія, члена акціонерной компаніи и др. лицъ см. Naum указ. соч., стр. 46 и Kohler въ Gruchot's Beitr. т. XXXI, стр. 498.

³⁾ Nussbaum указ. ст. въ Busch's Zeitschrift т. XLII, стр. 300.

шагося всецѣло на волѣ сторонъ, не терпитъ какой либо опеки въ этомъ отношеніи со стороны государства. Въ данномъ случаѣ Нуссбаумъ впадаетъ въ противорѣчіе даже со своими словами, помѣщенными въ началѣ той же статьи, гдѣ онъ правильно отмѣчаетъ, что «государство совершенно безразлично относится къ тому, кто по собственному желанію избралъ путь третейскаго суда и при этомъ потерпитъ убытки, оно съ полнымъ правомъ можетъ сказать: *tu l'as voulu*» ¹⁾.

Согласно § 1037 Z. P. O. третейскіе судьи могутъ продолжать производство и выносить третейскій приговоръ даже и въ томъ случаѣ, когда сторона дѣлаетъ тѣ или другія возраженія относительно производства и въ особенности даже тогда, когда противъ одного изъ судей заявленъ отводъ. Баварскій судъ истолковалъ это постановленіе въ томъ смыслѣ, что, при представленіи отвода судьи, третейскіе судьи могутъ продолжать начатое производство, но не могутъ открывать не начатаго. По сообщенію Нуссбаума, это толкованіе усвоено судебною практикою повсемѣстно ²⁾.

По уставу Вѣнской биржи, избранный стороною судья обязанъ вступить въ отправленіе своей должности; отказъ допускается лишь по уважительнымъ причинамъ, объ основательности коихъ рѣшаетъ президентъ биржи. Въ случаѣ признанія отказа избраннаго члена камеры уважительнымъ, избравшая его сторона должна выбрать другого судью. Ни въ какомъ случаѣ не могутъ дѣйствовать въ качествѣ третейскаго судьи лица, участвующія въ спорномъ дѣлѣ, или состоящія съ которой либо изъ сторонъ въ родствѣ или свойствахъ до третьей степени включительно.

Отвѣтственность третейскихъ судей.

Въ заключеніе слѣдуетъ сказать нѣсколько словъ о гражданской отвѣтственности третейскихъ судей ³⁾. Третейскій судья, ко-

¹⁾ Nussbaum указ. ст. въ Busch's Zeitschrift т. XLII, ст. 268.

²⁾ Nussbaum ук. ст. въ Busch's Zeitschrift т. XLII, стр. 301.

³⁾ Гражданская отвѣтственность судьи при правонарушеніяхъ въ области отправленія имъ своихъ судебныхъ обязанностей не должна устанавливаться на основаніи общихъ началъ договора, а на законѣ. См. Schwarz, Das Schiedsrichtervertrag, Stuttgart 1910, стр. 73 и сл.

торому стороны довѣрили рѣшеніе своего спорнаго дѣла и поставили въ положеніе короннаго судьи, долженъ имѣть право исходить изъ предположенія, что его отвѣтственность за произносимый имъ приговоръ не будетъ идти дальше той, которая установлена закономъ для короннаго судьи. Въ соотвѣтствіи съ этимъ, третейскій судья долженъ возмѣститъ убытки лишь въ томъ случаѣ, если онъ окажется виновнымъ при постановкѣ приговора въ намѣренномъ измѣненіи принудительной нормы закона въ пользу или во вредъ какой либо стороны. Предпосылкой для его гражданской отвѣтственности является лишь знаніе имъ нарушеннаго закона. Если въ намѣреніе сторонъ входитъ, чтобы третейскій судья не примѣнялъ какой-либо принудительной нормы, то, конечно, соглашеніе сторонъ объ этомъ недѣйствительно.

Отвѣтственности третейскаго судьи нѣтъ мѣста въ томъ случаѣ, если потерпѣвшій намѣренно или по небрежности упустилъ предупредить убытки путемъ иска объ отмѣнѣ приговора.

Гражданская отвѣтственность постояннаго третейскаго судьи отличается въ извѣстныхъ отношеніяхъ отъ таковой же случайнаго третейскаго судьи въ силу того, что въ постоянномъ третейскомъ судѣ, вообще говоря, не допускается спеціальныи третейскій договоръ, такъ какъ разъ навсегда предполагается въ качествѣ воли сторонъ, что третейскіе судьи должны быть связаны извѣстнымъ имъ матеріальнымъ правомъ, поскольку, въ видѣ исключенія, законъ не противорѣчитъ правосознанію торговой среды ¹⁾. Правда, такое предполагаемое волеизъявленіе сторонъ можетъ быть для третейскаго судьи необязательно, если спеціальное соглашеніе сторонъ, въ которомъ выразилась бы упомянутая воля, было бы незаконно, какъ противорѣчащее какой нибудь принудительной нормѣ закона. Но отсюда не слѣдуетъ, чтобы третейскіе судьи становились отвѣтственными, когда они, въ согласіи съ правосознаніемъ купечества, выносили бы рѣшенія, противныя какому нибудь принудительному закону. Впрочемъ, вообще можно считать такіе случаи почти невозможными, когда бы правосознаніе представителей купечества санкціонировало договоръ, который нарушалъ бы добрые нравы или законодательное запрещеніе. Но въ одномъ случаѣ такой конфликтъ между законодательствомъ и воззрѣніями купцовъ возможенъ и часто имѣетъ мѣсто—это въ сдѣлкахъ на разницу.

¹⁾ Haffner указ. соч., стр. 15.

Если, поэтому, третейскій судья въ согласіи съ своими товарищами по профессіи считаетъ несовмѣстимымъ съ торговой этикой возраженія отвѣтчика со ссылкой на сдѣлку на разницу и присудить къ уплатѣ должника по этой сдѣлкѣ, то такой приговоръ не влечетъ за собой отвѣтственности третейскаго судьи, такъ какъ онъ постановилъ свое рѣшеніе въ соотвѣтствіи съ юридически не обязательной, но фактически существующей волей сторонъ. Дѣло нисколько не измѣнится отъ того, что въ третейскомъ судѣ будетъ возбужденъ вопросъ о незаконности сдѣлки на разницу, или вообще какимъ нибудь другимъ способомъ обнаружится, что сторона, къ которой предъявлены притязанія на основаніи сдѣлки на разницу, опирается въ своей защитѣ на законъ. Для третейскаго судьи имѣетъ значеніе лишь воля сторонъ въ томъ видѣ, въ какомъ она обнаруживается изъ толкованія третейскаго договора ¹⁾.

Въ отношеніи уголовной отвѣтственности третейскій судья поставленъ наравнѣ съ короннымъ судьей, такъ какъ и въ томъ и другомъ случаѣ общество заинтересовано въ справедливомъ и безпристрастномъ отправленіи правосудія.

¹⁾ Haffner указ. соч., стр. 16.

IV.

Судопроизводство въ торговых третейских судахъ.

Разбирательство въ третейскомъ судѣ основано прежде всего на соглашеніи сторонъ, а затѣмъ, на свободномъ усмотрѣніи третейскаго судьи. Только весьма немногія стадіи процесса регулируются общимъ законодательствомъ. Но постоянные торговые третейскіе суды, имѣя сходство по своей организаціи съ коронными судами, создаютъ по большей части и правила третейскаго разбирательства по образцу процессуальныхъ кодексовъ. Нерѣдко уставы третейскихъ судовъ прямо даже предписываютъ, что, поскольку нѣтъ спеціальныхъ постановленій въ этихъ уставахъ, должны быть примѣняемы соотвѣтственныя постановленія процессуальнаго кодекса ¹⁾.

Перенесеніе правилъ гражданскаго судопроизводства въ практику торговаго третейскаго разбирательства имѣетъ, напримѣръ, мѣсто въ слѣдующихъ вопросахъ: устность и публичность процесса, порядокъ веденія засѣданія суда, объявленіе и содержаніе приговора, и т. п.

Право сторонъ и третейскихъ судей на перенесеніе правилъ гражданскаго судопроизводства въ третейское разбирательство очень широко, но все же не неограниченно, ему поставлены извѣстныя рамки отчасти опредѣленными постановленіями закона, отчасти особенностями третейскаго разбирательства.

¹⁾ По этому поводу Гафнеръ замѣчаетъ, что въ такихъ случаяхъ слѣдовало бы дѣлать добавочное указаніе, что вопросъ о томъ, правильно ли примѣняются въ конкретномъ случаѣ тѣ или иныя постановленія процессуальнаго кодекса, долженъ рѣшать самъ третейскій судъ. Haffner, указ. соч., стр. 20.

А. Публичность судопроизводства.

Большинство германскихъ торговыхъ третейскихъ судовъ, а равно и русскія арбитражныя комисіи исключаютъ принципъ публичности при третейскомъ разбирательствѣ. Это объясняется принципомъ сохраненія коммерческой тайны заинтересованныхъ въ дѣлѣ сторонъ.

Въ Австріи засѣданія третейскаго суда публичны, но эта публичность судопроизводства не можетъ имѣть мѣста во 1) при опасеніи, что публичностью воспользуются для нарушенія порядка въ засѣданіи суда, или будетъ затруднено установленіе фактической стороны дѣла, а во 2) если для рѣшенія спора должны быть затронуты интимныя стороны семейной жизни или открыты коммерческія тайны. Двери судебного засѣданія могутъ быть закрыты на все время разбора дѣла или на время отдѣльныхъ судебныхъ дѣйствій; рѣшеніе же провозглашается во всякомъ случаѣ при открытыхъ дверяхъ.

По объясненію мотивовъ ¹⁾ публичный разборъ дѣла долженъ способствовать серьезному отношенію судей къ своимъ обязанностямъ и правдивости показаній сторонъ и свидѣтелей. Гласность должна устранить изъ судопроизводства всѣ ненормальности, вызванныя интригами и недобросовѣстностью. При помощи контроля, которому подвергается весь процессъ, гласность должна содѣйствовать установленію фактической стороны дѣла. Поэтому вполне понятна отмѣна публичности въ тѣхъ случаяхъ, когда она не содѣйствовала бы судоговоренію, а мѣшала бы ему, не облегчала бы установленіе фактической стороны дѣла, а затрудняла бы его. Примѣненіе принципа гласности въ этихъ случаяхъ не можетъ быть оправдано. Точно также было бы трудно установить фактическую сторону дѣла при гласномъ судоговореніи, если бы во время разбора пришлось касаться интимныхъ сторонъ чьей либо семейной жизни. Особенно сторонамъ гласность въ этихъ случаяхъ сильно мѣшала бы изложить дѣло открыто, правдиво и подробно; рассказывая о дѣлѣ, онѣ, по понятному нежеланію раскрывать неизвѣстныя постороннимъ до сего времени обстоятельства, оста-

¹⁾ *Motivenbericht zur Regierungsvorlage*, стр. 235. См. Horvitz, указ. соч., стр. 131.

вляли бы невыясненнымъ много важныхъ пунктовъ, слегка касались или совсѣмъ пропускали бы много такого, что суду слѣдовало бы знать. Публичность процесса здѣсь совершенно неумѣстна; она парализуетъ судоговореніе, вмѣсто того, чтобы поддерживать его; она перестаетъ быть раціональной.

Право закрывать двери судебного засѣданія только на время отдѣльныхъ судебныхъ дѣйствій даетъ суду возможность удалять публику изъ засѣданія въ зависимости отъ особенностей каждаго отдѣльнаго случая. Если негласность судебного разслѣдованія вызывается законными интересами, то для ихъ огражденія существуетъ достаточно точекъ опоры. Особенно, если для подтвержденія иска, или для возраженія противъ него приходится затрагивать такіе вопросы, которые стороны желаютъ сохранить въ тайнѣ по торговымъ соображеніямъ; такъ, напримѣръ, при возбужденіи вопросовъ о способахъ производства, мѣстахъ выписки товаровъ, условіяхъ сбыта ихъ, спискахъ покупателей и т. п. Въ такихъ случаяхъ негласное разсмотрѣніе дѣла вполнѣ допустимо въ виду того, что присутствіе публики затруднило бы установленіе фактической стороны дѣла.

Б. Веденіе судебного засѣданія.

Согласно австрійскому законодательству, предсѣдателю биржевого третейскаго суда предоставляется дисциплинарная власть, но лишь въ ограниченномъ объемѣ ¹⁾.

Удаленіе лицъ изъ залы засѣданія вслѣдствіе неприличнаго поведенія имѣетъ различное значеніе въ зависимости отъ того, примѣнено ли оно къ лицу, участвующему въ процессѣ, въ особенности къ сторонѣ, или вообще къ постороннему, находящемуся въ залѣ лица. Лицо, участвующее въ дѣлѣ, не можетъ быть удалено послѣ одного сдѣланнаго ему замѣчанія; удаленію должно предшествовать предупрежденіе о примѣненіи этой мѣры, причемъ

¹⁾ Ему, напримѣръ, не предоставляется право налагать дисциплинарныя взысканія, такъ какъ онъ не является представителемъ государственной власти. *Motivenbericht zur Regierungsvorlage*, стр. 11. См. Horovitz указ. соч., стр. 134.

вниманіе даннаго лица, должно быть обращено на процессуальныя послѣдствія, связанныя съ примѣненіемъ этой мѣры. Слѣдуетъ ли считать сторону, удаленную изъ зала засѣданія, неявившейся къ разбору дѣла и потому подлежащей взысканію — зависитъ отъ условій каждаго отдѣльнаго случая. Это даетъ суду возможность или разсматривать дѣло заочно, или считать дѣло прекратившимся за отсутствіемъ истца.

Суду, при разсмотрѣніи дѣла въ судебномъ засѣданіи, поставлены, главнымъ образомъ, двѣ задачи: порядокъ при разборѣ дѣла, расчлененіе его при помощи соотвѣтствующей группировки и распредѣленіе наличнаго матеріала, а затѣмъ подготовленіе этого матеріала къ постановкѣ рѣшенія, установленіе фактической стороны дѣла, которая служила бы основаніемъ рѣшенія. Такимъ образомъ, при судебномъ разбирательствѣ необходимо лицо, руководящее преніями, опредѣляющее ихъ ходъ и границы и заботящееся о томъ, чтобы въ пренія были включены въ извѣстной послѣдовательности и связи всѣ пункты, отъ разсмотрѣнія и выясненія которыхъ зависитъ достиженіе конечной цѣли судоустройства.

На обязанности судьи лежитъ забота о томъ, чтобы были даны всѣ существенныя для рѣшенія дѣла показанія, чтобы были дополнены недостаточныя показанія объ обстоятельствахъ, подтверждающихъ первыя требованія, или противорѣчащихъ имъ, чтобы были указаны новыя доказательства, а приведенныя—дополнены и чтобы вообще были даны всѣ объясненія, необходимыя для установленія заявленныхъ сторонами правъ и притязаній. При веденіи судебного засѣданія необходимо заботиться объ его быстромъ ходѣ, ясности его, о цѣлесообразномъ расположеніи собраннаго матеріала и, вмѣстѣ съ тѣмъ, о возможномъ упрощеніи процесса и уменьшеніи судебныхъ издержекъ.

Ради ускоренія производства нельзя, съ одной стороны, допускать, чтобы разборъ дѣла удлинялся обсужденіемъ ненужныхъ подробностей, или неважныхъ побочныхъ вопросовъ, а съ другой, слѣдуетъ стремиться къ тому, чтобы по возможности окончить разсмотрѣніе дѣла въ теченіе одного дня. Разборъ дѣла въ теченіе нѣсколькихъ дней при устности процесса въ высшей степени затруднителенъ. Устный процессъ не знаетъ сложныхъ руководящихъ формальностей, а посему, въ особенности на предсѣдательствующемъ, лежитъ важная и отвѣтственная задача въ руководствѣ процессомъ.

В. Представительство въ торговомъ третейскомъ судѣ.

Германскіе ¹⁾, русскіе ²⁾ и отчасти англійскіе ³⁾ торговые суды совершенно не допускаютъ при третейскомъ разбирательствѣ представительство черезъ адвокатовъ ⁴⁾,

Однимъ изъ главныхъ основаній недопущенія адвокатуры представляется то положеніе, что третейскій судъ обращаетъ вниманіе не столько на юридическую сторону дѣла, сколько на дешевизну суда и свободное правовое убѣжденіе, которое можетъ быть на лицо и безъ юридической подготовки. Подробная разработка противоположныхъ интересовъ сторонъ, указанія на всѣ фактическіе или правовые сомнительные пункты сильно затрудняютъ третейскимъ судьямъ ихъ задачу. По этому поводу справедливо замѣчаетъ Нуссбаумъ ⁵⁾, что желаніе третейскихъ судей избѣгнуть этихъ затрудненій не идентично съ желаніями сторонъ, а также съ цѣлями правосудія вообще. Если сторона для защиты правъ и интересовъ желаетъ пригласить адвоката, то въ этомъ ей не слѣдовало бы препятствовать, такъ какъ подобная опека противорѣчитъ свободному волеизъявленію сторонъ и самому принципу института третейскаго суда. Тѣ соображенія, по которымъ не допу-

¹⁾ Правила дѣлопроизводства объединеннаго комитета берлинской биржи опредѣляютъ, что третейской комиссіи биржевого комитета *предоставляется* не допускать адвокатовъ и вообще лицъ, занимающихся выступленіями въ судѣ въ видѣ промысла, въ качествѣ довѣренныхъ или совѣтниковъ тяжущихся. Для трехчленной комиссіи § 9 устава биржевого комитета (отдѣлъ фондовой биржи) отъ 19—23 января 1909 года, категорически предписываетъ: «представительство черезъ иныхъ (кромѣ купеческихъ довѣренныхъ) уполномоченныхъ *не допускается*». Такое же опредѣленіе содержитъ § 9 устава биржевого комитета (отдѣлъ товарной биржи) отъ 14—25 января 1909 года.

²⁾ См. А. Ф. Волковъ, Биржевое право, т. I.

³⁾ Арбитръ можетъ отказать въ допущеніи защитниковъ или повѣренныхъ, если таковыми являются адвокаты или присяжные стряпчіе (*so III citog*). Если одна изъ сторонъ пользуется услугами адвоката, то о семъ другая сторона должна быть поставлена въ извѣстность. См. Lynch указ. соч. § 76.

⁴⁾ Подробныя соображенія объ этомъ см. у Lindheim'a, указ. соч. стр. 83 и сл.

⁵⁾ См. Nussbaum, указ. ст. въ Busch's Zeitschrift, т. XLII, стр. 298 и сл.

скаются адвокаты въ ремесленные суды, совершенно не примѣнимы къ третейскимъ судамъ. Тамъ существуетъ основательное опасеніе, что участіе адвоката на сторонѣ работодателя создастъ перевѣсъ къ невыгодѣ рабочаго, не имѣющаго средствъ обставить свою защиту подобнымъ же образомъ, какъ и работодатель. Этотъ аргументъ, основывающійся на социальнo-политической противоположности интересовъ и разницѣ положеній работодателя и рабочаго, не играетъ никакой роли для торговыхъ третейскихъ судовъ, въ которыхъ стороны обыкновенно принадлежатъ къ одному и тому же социальному классу.

Въ Австріи послѣ долгой борьбы это запрещеніе было отмѣнено въ ст. XX закона о введеніи въ дѣйствіе Z. P. O. Означенная статья опредѣляетъ, что представителями въ третейскомъ судѣ могутъ быть занесенныя въ списки судей лица, адвокаты, полные товарищи, прокуристы, помощники и другіе служащіе у сторонъ, затѣмъ, члены или посѣтители данной биржи и назначенные судомъ опекуны или попечители.

Въ случаѣ представительства черезъ членовъ или посѣтителей биржи требуется принадлежность ихъ къ той биржѣ, въ третейскомъ судѣ которой разсматривается дѣло ¹⁾).

Присяжный торговый маклеръ не можетъ быть представителемъ дѣеспособной стороны въ третейскомъ судѣ, ибо онъ не имѣетъ права заключать торговыхъ сдѣлокъ за свой счетъ ни непосредственно, ни при посредствѣ другихъ лицъ, ни въ качествѣ комисіонера, а также состоятъ у купца прокуристомъ, торговымъ уполномоченнымъ, или помощникомъ по торговымъ дѣламъ.

¹⁾ Геллеръ вполне основательно возстаетъ противъ представительства членовъ биржи. «Члены биржи (въ противоположность адвокатамъ) не являются отвѣтственными представителями сторонъ. Не желая принять предложенное имъ представительство, они не обязаны даже извѣстить объ этомъ сторону. Поэтому, иногородняя сторона, обратившись наудачу къ члену биржи, съ которымъ она знакома, или адресъ котораго она случайно узнала, не только не имѣетъ ни малѣйшей гарантіи, что предложеніе ея будетъ принято и добросовѣстно исполнено, но даже лишена возможности исправить послѣдствія плохого веденія дѣла, ошибки или неисполнительности своего представителя. Это равносильно отказу въ правѣ голоса въ судѣ, лишенію правовой защиты!.. Въ концѣ концовъ, принципиально безразлично, восклицаетъ Геллеръ, разрѣшаютъ ли мнѣ имѣть своимъ представителемъ исключительно члена биржи, или хотя бы эскимоса!» См. Geller указ. соч. стр. 35 и сл.

Поэтому у торговаго маклера нѣтъ личныхъ качествъ, необходимыхъ для представительства въ третейскомъ судѣ.

На веденіе дѣла требуется *письменная* довѣренность, но она можетъ быть замѣнена словеснымъ заявленіемъ стороны, сдѣланнымъ въ третейскомъ судѣ въ присутствіи своего уполномоченнаго и занесеніемъ этого заявленія въ протоколъ ¹⁾.

Приведенный въ австрійскомъ биржевомъ законѣ списокъ лицъ могущихъ быть представителями въ третейскомъ судѣ не является исчерпывающимъ. Тотъ, которому общія постановленія закона предоставляютъ право представительства въ судѣ безъ довѣренности, можетъ выполнять и въ третейскомъ судѣ, напр. опекуны и т. п.

Если въ третейскомъ судѣ дѣло велось лицомъ недѣеспособнымъ или не управомоченнымъ на его веденіе, то отъ этого возникаетъ лишь право на оспариваніе дѣйствительности совершенныхъ имъ юридическихъ дѣйствій, ничтожность этихъ дѣйствій заранѣе не предопредѣлена; ибо дѣйствія все-таки существуютъ въ объективномъ и формальномъ смыслѣ, какъ дѣйствія лица замѣщаемаго; имъ присущъ только зависящій отъ свойствъ представителя недостатокъ, отъ котораго они могутъ быть освобождены тѣмъ, что замѣщаемое лицо, если оно дѣеспособно, одобритъ дѣйствія представителя и тѣмъ самымъ сдѣлаетъ первоначально недѣйствительныя дѣйствія дѣйствительными ²⁾.

Г. Допросъ сторонъ, свидѣтелей и экспертовъ.

Австрійскіе законодательство предоставляетъ третейскому суду допрашивать стороны, свидѣтелей и экспертовъ, но безъ приведенія къ присягѣ. Если необходимо допросить стороны, свидѣтелей или экспертовъ подъ присягой, или если стороны, свидѣтели или эксперты отказываются отъ дачи показаній, то слѣдуетъ обратиться за содѣйствіемъ къ тому коронному суду, въ округѣ котораго живетъ сторона, подлежащая приводу къ присягѣ или допросу. Съ такой же просьбой можно обратиться и въ томъ случаѣ, если

¹⁾ Horovitz указ. соч., стр. 142.

²⁾ Wach, Handbuch des deutschen Civilprocessrecht, см. у Horovitz'a стр. 149.

допросъ кого либо долженъ быть произведенъ внѣ мѣста нахождения третейскаго суда ¹⁾).

Правительственный австрійскій законопроектъ предоставлялъ биржевымъ третейскимъ судамъ право, въ случаѣ надобности, для выясненія истины приводить къ присягѣ свидѣтелей и экспертовъ, но палата депутатовъ не признала возможнымъ, чтобы въ биржевомъ третейскомъ судѣ приводились къ присягѣ и допрашивались подъ присягой стороны. Мотивомъ къ этому приводилось то соображеніе, что такимъ доказательствомъ, какъ присяга можетъ оперировать только опытный и юридически образованный судья, такъ какъ въ рукахъ неспеціалиста это доказательство можетъ дать отрицательные результаты, совершенно запутать спорный вопросъ и нанести существенный вредъ интересамъ сторонъ.

Въ случаяхъ, когда сторона, свидѣтель или экспертъ отказывается отъ дачи показанія, то третейскій судъ обращается къ помощи короннаго суда, такъ какъ биржевой судъ не располагаетъ принудительными мѣрами.

Допросъ сторонъ подъ присягой является послѣднимъ способомъ установить фактическую сторону дѣла, которая иначе не можетъ быть приведена въ ясность для рѣшенія дѣла.

Прежде всего стороны допрашиваются о спорныхъ фактахъ безъ присяги, причемъ до допроса онѣ предупреждаются, что въ случаѣ надобности должны будутъ подтвердить свои показанія подъ присягой. Такой порядокъ даетъ судѣ, допросившему обѣ стороны, возможность подробно ознакомиться съ дѣломъ. Если же результатъ этого допроса окажется недостаточнымъ, чтобы убѣдить судъ въ справедливости или несправедливости извѣстнаго заявленія, и дѣло останется невыясненнымъ, то, на основаніи этихъ предварительныхъ допросовъ и всѣхъ остальныхъ данныхъ, судъ можетъ требовать, чтобы стороны подтвердили свое показаніе подъ присягой. Въ этой стадіи процесса судья долженъ допросить подъ присягой *только одну сторону*, чтобы во всякомъ случаѣ одно показаніе данное подъ присягой не противорѣчило другому. Тѣмъ, что показанію подъ присягой предшествуетъ показаніе безъ присяги, не влекущее за собою наказаніе въ случаѣ его ложности, сторонѣ предоставляется полная свобода и въ то же время дается возможность впослѣдствіи подъ присягой сказать всю правду и исправить

¹⁾ См. Horovitz указ. соч. стр. 150 и сл.

кое-какія допущенныя при первомъ допросѣ неточности. Которая изъ двухъ допрошенныхъ подъ присягой сторонъ подлежитъ перепросу подъ присягой—это зависитъ отъ усмотрѣнія суда, рѣшающаго этотъ вопросъ по зрѣлому обсужденію конкретныхъ условій даннаго дѣла ¹⁾).

Не допускается допросъ сторонъ, которыя неспособны сообщить о своихъ наблюденіяхъ, или которыя были неспособны замѣтить спорные факты въ то время, къ которому относятся ихъ показанія. Затѣмъ, не подлежатъ допросу подъ присягой стороны, осужденныя за дачу ложнаго показанія и малолѣтніе, а равно и тѣ лица, которыя по своей неразвитости или слабоумію не могутъ имѣть яснаго представленія о значеніи присяги.

Что касается допроса *свидѣтелей* подъ присягой, то къ такому свидѣтельству, по отводу противной стороны, не допускаются: 1) лица, которыя по своимъ физическимъ или нравственнымъ качествамъ не могли узнать всей правды по дѣлу, или не могутъ ее толково высказать; 2) всѣ признанные виновными въ мошенничествѣ; 3) родственники въ восходящей и нисходящей линіяхъ; 4) мужъ и жена и 5) лица, которыя отъ того или иного исхода процесса ожидаютъ для себя выгоду или убытокъ.

Сторона не можетъ устранить отъ свидѣтельства вызванныхъ ею свидѣтелей, равнымъ образомъ и судъ не можетъ устранить ex officio свидѣтеля отъ дачи показаній.

Дача ложнаго показанія въ третейскомъ судѣ, въ смыслѣ уголовной отвѣтственности, не равносильна лжесвидѣтельству въ судѣ коронномъ. Но если свидѣтель, давая ложное показаніе въ биржевомъ третейскомъ судѣ, руководился сознаніемъ, что онъ причиняетъ этимъ ущербъ одной сторонѣ и вводитъ въ заблужденіе судъ, то въ его дѣяніи усматриваются признаки обмана, который дѣлается уголовно наказуемымъ, если вредъ, который причиненъ, или на причиненіе котораго былъ направленъ злой умыселъ, превышаетъ 25 гульденовъ ²⁾).

Биржевой третейскій судъ, какъ органъ правосудія, не въ состояніи обойтись безъ помощи короннаго суда, такъ какъ онъ не можетъ пользоваться для выясненія истины и совершенія другихъ

¹⁾ Motivenbericht des gemeinsamen Permanenzausschusses, стр. 12. См. Horovitz указ. соч., стр. 153.

²⁾ Horovitz указ. соч., стр. 155.

процессуальныхъ дѣйствій принудительными мѣрами, а также потому, что желаніе избѣжать излишнихъ расходовъ лишаетъ его возможности самому совершать извѣстныя дѣйствія; кромѣ сего, коронному суду, въ виду его независимости и права осуществлять законъ по отношенію ко всѣмъ, а также вслѣдствіе своеобразнаго положенія третейскаго суда, состоящаго изъ судей юридически необразованныхъ, должно быть предоставлено право провѣрять не только свою компетентность, но и законмѣрность ходатайства и дѣйствія, подлежащаго исполненію ¹⁾).

Суду, къ которому обратились съ ходатайствомъ о приводѣ къ присягѣ, не принадлежитъ право рѣшать вопросъ о законности неявки кого-либо въ срокъ для привода къ присягѣ. Коронный судъ, въ виду просьбы о приводѣ къ присягѣ, компетентенъ лишь дѣйствовать въ границахъ заявленнаго ему ходатайства, но не рѣшать выходящій за предѣлы ходатайства вопросъ о пріостановленіи привода или о продленіи срока на явку для привода къ присягѣ.

По уставамъ нѣкоторыхъ австрійскихъ биржевыхъ третейскихъ судовъ, послѣднимъ предоставляется послать своего секретаря или его замѣстителя для присутствія при извѣстномъ судебномъ дѣйствіи, если это окажется необходимымъ для разъясненія спорнаго факта. Если коронному суду было сообщено объ этомъ, то онъ обязанъ своевременно извѣстить о днѣ совершенія имъ требуемыхъ дѣйствій кромѣ сторонъ, также секретаря третейскаго суда. Секретарь, или его замѣститель, имѣетъ право предлагать сторонамъ, свидѣтелямъ и экспертамъ черезъ судью вопросы, которые могутъ послужить для разъясненія или дополненія показанія, а также для выясненія обстоятельствъ дѣла или условій, существенныхъ для силы свидѣтельскихъ показаній. Вопросы, которые покажутся судѣ неумѣстными, онъ можетъ отклонить.

Составленный по сему предмету протоколъ пересылается биржевому третейскому суду съ увѣдомленіемъ о судебныхъ издержкахъ; послѣднія должны быть возмѣщены биржевымъ третейскимъ судомъ ²⁾).

Германскій Z. P. O. представляетъ третейскимъ судьямъ право выслушивать показанія лишь тѣхъ свидѣтелей и экспертовъ, кото-

¹⁾ Motivenbericht zur Regierungsvorlage, стр. 11. См. Horovitz, указ. соч., стр. 155.

²⁾ Horovitz стр. 158.

рые добровольно являются въ судъ; третейскій судъ не имѣетъ права допроса подъ присягой свидѣтеля или эксперта, или привода къ присягѣ сторонъ. Если третейскіе судьи найдутъ, что должно быть произведено какое нибудь судебное дѣйствіе, на производство коего они не уполномочены, то такое дѣйствіе, *по ходатайству одной изъ сторонъ*, можетъ быть произведено подлежащимъ короннымъ судомъ. Такая поддержка короннымъ судомъ третейскаго суда имѣетъ мѣсто лишь по вопросамъ о выслушаніи свидѣтельскихъ показаній, приводѣ къ присягѣ свидѣтелей, экспертовъ и сторонъ. По мнѣнію Гафнера, услугами короннаго суда третейскій судъ можетъ воспользоваться лишь для того, чтобы привести къ присягѣ свидѣтеля или эксперта, изъявившихъ желаніе выступить въ третейскомъ судѣ, а не для самаго допроса ихъ ¹⁾. Поэтому, при выступленіи свидѣтелей и экспертовъ въ третейскомъ судѣ Гафнеръ ²⁾ рекомендуетъ ихъ показанія заранѣе протоколировать, такъ что присяга въ коронномъ судѣ можетъ быть относима къ содержанію протокола; въ противномъ случаѣ, къ обращенію въ коронный судъ должно быть приложено точное обозначеніе предмета доказательства. Ходатайство въ коронный судъ можетъ быть направлено лишь одной изъ сторонъ ³⁾.

Противъ существующаго порядка энергично возстаетъ Нуссбаумъ ⁴⁾, утверждая, что это является однимъ изъ препятствій для широкаго распространенія института третейскихъ судовъ. Дѣло заключается въ томъ, что третейскій судъ не имѣетъ права непосредственно обращаться съ тѣмъ или инымъ ходатайствомъ въ коронный судъ и что это предоставляется только самимъ сторонамъ. Слѣдствіемъ такого запрещенія явилось въ высшей степени непрактичное производство. Послѣ того, какъ третейскій судъ постановилъ допросить свидѣтеля подъ присягою, стороны, прежде всего, должны получить документъ, подтверждающій это постановленіе, для доказательства, что третейскіе судьи признали необходимымъ этотъ допросъ. Засимъ, сторона подаетъ прошеніе съ приложеніемъ этого

¹⁾ Иначе Gaupp-Stein къ § 1035.

²⁾ Haffner указ. соч., стр. 25.

³⁾ Иного взгляда держится Mayer указ. соч., стр. 87. См. Haffner указ. соч., стр. 25. Ср. также Schwarz указ. соч., стр. 77. Но такое ходатайство можетъ быть, конечно, подано при посредствѣ третейскаго суда, который поручаетъ одной изъ сторонъ возбудить ходатайство въ коронномъ судѣ.

⁴⁾ Nussbaum, указ. соч. въ Busch's Zeitschrift, т. XLII, стр. 290 и сл.

документа о допросѣ въ тотъ же судъ, который, при отсутствіи третейскаго договора, былъ бы компетентенъ для судебного разсмотрѣнія возникшаго спора, т. е. фактически большею частью въ земскій судъ (Landgericht). Судъ препровождаетъ копію прошенія противной стороны съ указаніемъ опредѣленнаго срока на представленіе возраженія (§ 1045 Z. P. O.), послѣ этого судъ рѣшаетъ относительно допустимости просьбы, а также и относительно того, черезъ какой судъ произвести допросъ. Если свидѣтель живетъ не въ округѣ, согласно § 1045 Z. P. O. компетентнаго суда, то все производство въ земскомъ судѣ является излишнею формальностью, и до допроса свидѣтеля проходятъ цѣлые мѣсяцы. Если же, наконецъ, допросъ будетъ произведенъ, то протоколъ допроса не посылается въ третейскій судъ, а стороны могутъ лишь ходатайствовать о полученіи копіи съ этого протокола, на что опять уходитъ довольно много времени. Послѣ всей этой долгой процедуры можно продолжать процессъ въ третейскомъ судѣ.

Другое неудобство, по мнѣнію Нуссбаума, заключается въ слѣдующемъ. Судебная практика исходитъ изъ того, что третейскіе судьи имѣютъ право допрашивать свидѣтелей и экспертовъ безъ присяги, но что коронные суды могутъ предпринимать лишь такія дѣйствія для полученія доказательствъ, на которые третейскіе судьи не уполномочены.

Отсюда дѣлается выводъ, что третейскіе судьи должны сначала побудить cadaго свидѣтеля къ устному или письменному показанію, и что ранѣе этого третейскіе суды не въ состояніи судить о вѣрности показаній и соотвѣтственно этому объявлять присягу «необходимой». Въ результатѣ третейскій судъ при всякихъ обстоятельствахъ долженъ прежде всего сдѣлать формальную попытку побудить свидѣтеля къ добровольной дачѣ показанія. Это производство отнимаетъ много времени и совершенно излишне, если нельзя ожидать добровольной явки, или если показанія безъ присяги заранѣе признаются недостаточными. Нуссбаумъ дѣлаетъ предположеніе, что при установленіи этой практики, не соотвѣтствующей, впрочемъ, закону ¹⁾, коронные суды, вѣроятно, руководствовались намѣреніемъ воспрепятствовать излишне частыми обращеніями къ нимъ съ ходатайствами о приведеніи къ присягѣ. Но

¹⁾ Коронный судъ не имѣетъ права подвергать опредѣленія третейскаго суда разсмотрѣнію по существу.

такое опасеніе не имѣетъ никакихъ основаній, такъ какъ и стороны и сами третейскіе судьи всячески стараются избѣжать необходимости какого-либо обращенія къ коронному суду.

Отвергая предложеніе Гафнера предоставить постояннымъ третейскимъ судамъ право допроса свидѣтелей и экспертовъ подъ присягой, Нуссбаумъ рекомендуетъ, съ своей стороны, ввести въ дѣйствующее германское законодательство нижеслѣдующія измѣненія.

Для допроса подъ присягою свидѣтелей слѣдовало бы обращаться не въ указываемый § 1045 Z. P. O. земскій или низшій судъ, а непосредственно въ тотъ именно судъ, въ округѣ котораго должно быть предпринято просимое судебное дѣйствіе.

Въ расширеніе принциповъ австрійскаго законодательства, Нуссбаумъ высказываетъ пожеланіе допустить не только секретаря, но вообще всѣхъ третейскихъ судей къ присутствію при производствѣ допроса. Нечего опасаться, говоритъ онъ, что третейскіе судьи будутъ приходить цѣлыми толпами, такъ какъ вслѣдствіе своей спеціальной дѣятельности они и безъ того стремятся довести до минимума число своихъ засѣданій въ третейскомъ судѣ. Въ дѣйствительности при допросѣ будетъ присутствовать только одинъ членъ третейскаго суда. Неограниченное право вопросовъ, конечно, не можетъ быть предоставлено третейскимъ судьямъ и это должно регулироваться усмотрѣніемъ короннаго судьи, производящаго допросъ.

Въ англійской практикѣ третейскихъ судовъ каждой изъ сторонъ, участвующихъ въ соглашеніи объ арбитражѣ предоставлено право исходатайствованія приказа о *sub poena ad testificandum* или же о *sub poena duces tecum*.

Означенные приказы выдаются безъ особаго постановленія или какихъ-либо другихъ формальностей отдѣломъ приказовъ центральной канцеляріи (Writ Department).

Коронный судъ можетъ сдѣлать постановленіе объ изданіи приказа о «*sub poena ad testificandum*» или «*sub poena duces tecum*» въ видахъ принудительнаго привода, для подачи показаній какъ передъ офиціальнымъ третейскимъ судьей (*referee*), такъ и передъ частнымъ арбитромъ или суперъ-арбитромъ любого свидѣтеля, гдѣ бы онъ ни находился въ предѣлахъ Соединеннаго Королевства.

Судъ имѣетъ также право сдѣлать постановленіе объ изданіи приказа «*habeas corpus ad testificandum*» въ видахъ привода арестанта для дачи показаній передъ офиціальнымъ или передъ частнымъ арбитромъ или суперъ-арбитромъ.

Судъ не имѣетъ власти сдѣлать постановленіе объ отправле-

ній комісії за границу для допроса проживаючихъ тамъ свидѣтелей, въ видахъ оказанія содѣйствія арбитру. Въ арбитражномъ же разбирательствѣ, послѣдовавшемъ по постановленію суда (безъ согласія сторонъ), офіціальній третейскій судья (referee) имѣеть право сдѣлать постановленіе о разрѣшеніи допроса проживаючихъ за границею свидѣтелей посредствомъ командированія особою комісії.

Моравецъ или квакеръ можетъ дать честное слово вмѣсто принесенія присяги ¹⁾.

¹⁾ Lynch указ. соч. §§ 130 и 131.

V.

Право, примѣняемое въ торговыхъ третейскихъ судахъ.

Параграфъ 595 австрійскаго Z. P. O. предусматриваетъ, что приговоры третейскаго суда, нарушающіе нормы принудительнаго права, являются недѣйствительными.

Принудительными (или абсолютными—*leges cogentes*) называются нормы закона, которыя установлены въ интересахъ общаго блага, публичнаго права или порядка и примѣняются безусловно, совершенно исключая возможность иного соглашенія сторонъ при обсужденіи юридическаго казуса, подходящаго подъ эти нормы. Принудительныя нормы предписываютъ, или запрещаютъ что либо, или же существуютъ для извѣстнаго юридическаго отношенія, намѣчая извѣстныя границы волѣ отдѣльныхъ лицъ; онѣ имѣютъ публично-правовой характеръ и не могутъ быть обойдены или нарушены сторонами, ибо всякое нарушеніе такой нормы лишаетъ совершенное дѣйствіе юридической силы. Не допускается далѣе не только прямое нарушеніе принудительной нормы (дѣйствіе, совершенное *contra legem*), но и дѣйствіе, соотвѣтствующее съ внѣшней стороны требованіямъ закона, но на самомъ дѣлѣ помогающее тому, что запрещено этими нормами (юридическое дѣйствіе *in fraudem legis*), т. е. такое юридическое дѣйствіе, которое какъ будто соотвѣтствуетъ требованіямъ этихъ нормъ, но на самомъ дѣлѣ совершается лишь для вида и для сокрытія другого дѣйствія, идущаго въ разрѣзъ съ принудительными нормами ¹⁾).

Въ общемъ къ области принудительныхъ нормъ относится публичное право, т. е. право, регулирующее отношенія каждаго

¹⁾ См. Horovitz указ. соч., стр. 189 и сл. Unger, System des österr. Privatrechtes, 5 Aufl. т. I, стр. 53 и сл.

отдѣльнаго лица къ обществу, которое не подчиняется волѣ отдѣльныхъ индивидовъ изъ соображеній общественной безопасности, благосостоянія цѣлаго общества или отдѣльныхъ классовъ, или же личной безопасности. Подъ это опредѣленіе подходятъ законы о правахъ гражданъ, уголовные законы какъ матеріальные, такъ и процессуальные и изъ гражданскихъ процессуальныхъ законовъ тѣ нормы, которыя твердо регулируютъ извѣстныя юридическія отношенія, совершенно исключая для заинтересованныхъ лицъ возможность иной нормировки даннаго отношенія. Сюда, напр., относятся правила о подсудности дѣлъ, правила о дѣеспособности стороны, право на представительство, или объ уполномочіи на веденіе дѣла и пр.

Къ диспозитивнымъ законамъ, напротивъ, относится большинство нормъ гражданского права, особенно же нормы, регулирующія договорныя отношенія. Въ области гражданского права къ принудительнымъ нормамъ относятся: правила о дѣеспособности лица, объ опекахъ, семейное право, брачное право, права юридическихъ лицъ и пр. Принудительными являются напр. перечисленные въ законѣ договоры какъ недѣйствительные (пари и игра), постановленія о положеніи уполномоченнаго по торговымъ дѣламъ (прокуриста), товарища въ торговомъ товариществѣ, правленія акціонерной компаніи и т. д. ¹⁾.

По точному смыслу австрійскаго законодательства только нарушеніе принудительныхъ нормъ закона, но не диспозитивныхъ, влечетъ за собою право на обжалованіе третейскаго рѣшенія, т. е. въ тѣхъ случаяхъ, когда законъ не разрѣшаетъ самимъ сторонамъ регулировать свои отношенія; нарушеніе диспозитивной нормы не служитъ достаточнымъ основаніемъ для обжалованія, хотя по закону диспозитивныя нормы примѣняются вспомогательно въ тѣхъ случаяхъ, когда стороны не воспользовались принадлежащимъ имъ правомъ и не внесли въ свой договоръ условій, уклоняющихся отъ диспозитивныхъ нормъ.

Такъ напр., общія правила о торговыхъ сдѣлкахъ, о куплѣ, о коммисіонныхъ сдѣлкахъ содержатъ диспозитивныя нормы, получающія силу дополнительно только въ тѣхъ случаяхъ, когда контрагенты не внесли въ договоръ противорѣчащихъ этимъ нормамъ условій. Если бы третейскій судъ въ такихъ случаяхъ не примѣнилъ законовъ о торговыхъ сдѣлкахъ, куплѣ, коммисіонныхъ сдѣлкахъ,

¹⁾ См. Horovitz указ. соч., стр. 191 и сл. Bülow, Dispositives Civilprozessrecht im Archiv für die civ. Praxis LXIV, стр. 1 и сл.

относящихся къ данному казусу, но рѣшилъ бы дѣло на основаніи свободной оцѣнки доказательствъ, по своему внутреннему убѣжденію, то это рѣшеніе грѣшило бы противъ диспозитивныхъ нормъ, но не подлежало бы отмѣнѣ ¹⁾.

Германскій Z. P. O. не даетъ опредѣленнаго отвѣта на вопросъ о томъ, сохраняютъ-ли свою силу постановленія третейскаго суда въ томъ случаѣ, когда они входятъ въ коллизію съ принудительными нормами.

Третейскій судъ обязанъ постановлять свои рѣшенія на основѣ правовыхъ принциповъ положительнаго законодательства, но онъ не связанъ письменнымъ закономъ и еще менѣе господствующимъ въ практикѣ толкованіемъ этихъ законовъ, а долженъ слѣдовать своему естественному правосознанію. Онъ въ правѣ, поэтому, отвергать иски и возраженія, хотя и законно обоснованныя, но противорѣчащія правосознанію третейскаго суда ²⁾.

Въ связи съ этимъ въ германской литературѣ нерѣдко высказывается опасеніе, что третейскіе суды легко могутъ придти къ полному игнорированію дѣйствующаго права и даже постановлять рѣшенія прямо ему противорѣчащія.

Это связано съ весьма нерѣдко обнаруживающейся въ новѣйшее время тенденціей объединять отдѣльныя фирмы производителей и потребителей въ огромные картели и синдикаты и, такимъ образомъ, создавать въ соотвѣтственной отрасли хозяйственной жизни могущественные факторы, способные оказать рѣшающее вліяніе на цѣны и самое производство товаровъ. Въ уставахъ этихъ союзовъ нерѣдко содержится постановленіе о разрѣшеніи всѣхъ могущихъ возникнуть конфликтовъ третейскимъ судомъ.

Тѣ круги, которые создали себѣ постоянный третейскій судъ, стремятся, далѣе, подчинить этому суду, въ вопросахъ купли — продажи соотвѣтственныхъ товаровъ, и тѣхъ поставщиковъ или получателей товара, которые не принадлежатъ къ числу членовъ союза.

Лейстъ приводитъ слѣдующій фактъ, наблюдавшійся въ Австріи ³⁾. Одна предпринимательская организація обязывала своихъ

¹⁾ Horovitz, указ. соч., стр. 192.

²⁾ Nussbaum, Kommentar zum Börsengesetz, стр. 82.

³⁾ Этотъ фактъ Лейстъ заимствовалъ изъ протоколовъ засѣданія австрійской палаты господъ 1894/1895 г. № 460. Leist указ. соч., стр. 6. Ср. также Haeger указ. соч., стр. 26.

членовъ подѣ угрозою строгихъ штрафовъ покупать извѣстные товары туземнаго производства лишь отъ такихъ фирмъ, или же продавать ихъ тѣмъ фирмамъ, которыя при заключеніи сдѣлки подчинятся, кромѣ ряда другихъ условій, обязательному обращенію къ третейскому суду при Вѣнской биржѣ (товарный отдѣлъ) по всѣмъ возникающимъ изъ сдѣлки спорнымъ дѣламъ. Изъ разосланнаго всѣмъ членамъ союза циркуляра усматривалось, что для контроля за соблюденіемъ этого соглашенія въ формулярѣ о заключеніи сдѣлки союзъ учредилъ особую наблюдательную комиссію, которая можетъ не налагать вышеупомянутыхъ штрафовъ лишь въ томъ случаѣ, если продавецъ извѣстнаго товара при понижающей тенденціи, въ теченіе 4 недѣль отъ заключенія сдѣлки, письменно сообщить, что, несмотря на не менѣе чѣмъ двукратное письменное напоминаніе, онъ не могъ получить отъ покупателя подписаннаго имъ отвѣтнаго письма о заключеніи сдѣлки. Но правленіе выражало надежду, что и при наличіи такого рода обстоятельствъ, отказомъ въ выдачѣ отвѣтнаго формуляра о заключеніи сдѣлки будутъ пользоваться лишь въ самыхъ исключительныхъ случаяхъ. Такимъ образомъ, поскольку такое соглашеніе соблюдалось членами союза, — а правленіе союза сдѣлало, повидимому, все, чтобы достигнуть этой цѣли — потребитель соотвѣтственнаго полуфабриката могъ получить этотъ товаръ лишь въ томъ случаѣ, если онъ признавалъ компетенцію третейскаго суда при Вѣнской товарной биржѣ во всѣхъ спорныхъ вопросахъ, возникавшихъ изъ данной сдѣлки. Если онъ не хотѣлъ подчиниться этому условію, тогда ему не возможно было получить необходимый для его производства продуктъ даже и въ томъ случаѣ, если онъ склоненъ былъ дать за него максимальную биржевую цѣну или даже и выше. Нельзя не сознаться, что такого рода отношеніе вынуждало потребителя отказаться отъ пользованія коронными судами и подчиняться нежелательной для него юрисдикціи. Отсюда дѣлался выводъ, что созданная положительнымъ законодательствомъ для одной части организованной группы интересовъ безграничная свобода договора имѣла своимъ послѣдствіемъ существенное ограниченіе свободы договора для другой части — результатъ, присущій всѣмъ вообще договорамъ классовыхъ организацій на экономической почвѣ.

Въ связи съ этимъ высказывалось опасеніе, что при указанныхъ обстоятельствахъ третейскій судъ, которому подчинится стоящій внѣ союза купецъ, прежде всего будетъ защищать интересы своего союза.

Особья опасности связываются съ такого рода третейскими рѣшеніями для лицъ, прикосновенныхъ къ биржѣ. Ибо, если кто либо посторонній биржѣ не уплатитъ «добровольно» присужденной съ него разницы и будетъ твердо стоять на томъ, что рѣчь идетъ о сдѣлкѣ на разницу, то ему не грозило бы—не считая исполненія третейскаго рѣшенія,—никакихъ опасныхъ послѣдствій кромѣ того, что въ будущемъ онъ едва ли найдетъ комиссіонера для своихъ сдѣлокъ. Но посѣтитель биржи долженъ былъ бы въ такомъ случаѣ искать новой профессіи, ибо опредѣленіе биржевого закона, что отъ посѣщенія биржи исключаются лица, впавшія въ несостоятельность, пополняется, напримѣръ, берлинскимъ биржевымъ уставомъ слѣдующимъ постановленіемъ: «посѣтитель биржи почитается впавшимъ въ несостоятельность уже въ томъ случаѣ, если онъ не оправдалъ обязательства, по коему наступилъ срокъ». Для посѣтителя биржи, который не подчинился бы рѣшенію биржевого третейскаго суда, дальнѣйшее участіе въ биржевой торговлѣ стало бы невозможнымъ, что нерѣдко было бы равносильнымъ полному его раззоренію ¹⁾).

Но эти нападки противъ третейскихъ судовъ направлены не по адресу.

Что касается, прежде всего, соображеній о томъ, что болѣе значительныя картели могутъ въ силу своего экономическаго преобладанія, принудить и нечленовъ союза подчиняться ихъ третейскому суду, то это явленіе, свойственное всѣмъ организаціямъ, объединяющимъ экономическія группы населенія, о которомъ можно сожалѣть, но которое мало относится къ идеѣ третейскаго суда. Синдикаты и картели для достиженія своихъ цѣлей, помимо третейскаго суда, пользуются другими дозволенными государствомъ институтами, въ ряду коихъ первое мѣсто занимаютъ биржевыя организаціи. Но не одному еще законодателю не приходило въ голову въ борьбѣ съ синдикатами закрывать биржи или ограничивать ихъ дѣятельность.

Глубоко не правъ Лейстъ ²⁾), говоря что третейскій приговоръ можетъ впасть въ противорѣчіе съ дѣйствующимъ закономъ, и что поэтому сами третейскіе суды представляютъ опасность для правовой жизни.

¹⁾ Haeger указ. соч., стр. 29.

²⁾ Leist указ. соч., стр. 14.

Несомнѣнно, что когда стороны путемъ третейскаго соглашенія захотятъ обезпечить право иска по договору, въ силу закона лишенному судебной защиты, то коронный судъ признаетъ такое третейское производство недопустимымъ, а третейскій приговоръ подлежащимъ отмѣнѣ. Ибо противорѣчитъ самому духу правового порядка, чтобы путемъ третейскаго суда анулировались принудительныя правовыя нормы и въ частности, чтобы этимъ способомъ могла достигаться обязательность договоровъ, въ силу закона ничтожныхъ или недѣйствительныхъ ¹⁾).

Если рѣшеніе третейскаго суда и не можетъ быть оспариваемо вслѣдствіе нарушенія нѣкоторыхъ нормъ матеріальнаго права, то отсюда еще не слѣдуетъ, что въ дальнѣйшемъ третейскій судъ не связанъ этимъ матеріальнымъ правомъ. Иначе съ такимъ же основаніемъ можно было бы утверждать, что судьи въ послѣдней инстанціи могутъ не примѣнять закона, такъ какъ ихъ приговоръ не подлежитъ пересмотру. Да и вообще было бы какъ то странно утверждать, что третейскіе судьи являются единственными людьми, которые не должны руководствоваться нормами принудительнаго права и которые, такимъ образомъ, стоятъ надъ закономъ ²⁾).

Существенное различіе между дѣятельностью короннаго и третейскаго судьи заключается въ томъ, что коронный судья обязанъ въ силу закона примѣнять къ подлежащему его разсмотрѣнію юридическому спору нормы матеріальнаго права, тогда какъ для третейскаго судьи не существуетъ аналогичнаго предписанія закона. Свобода третейскаго судьи по отношенію къ матеріальному праву почти нигдѣ не оспаривается, а часто и спеціально подчеркивается. Третейскій судья связанъ матеріальнымъ правомъ постольку, поскольку этого требуютъ стороны, но свободѣ самихъ сторонъ при заключеніи договоровъ поставлены извѣстныя границы, въ видѣ принудительныхъ нормъ закона ³⁾).

Какое положеніе долженъ занять по отношенію къ матеріальному праву третейскій судья, этого стороны обычно ему въ опредѣленной формѣ не предписываютъ, скорѣе это приходится обыкновенно устанавливать на основаніи условій третейскаго договора, принимая во вниманіе и торговые обычаи, а главнымъ обра-

¹⁾ Haeger указ. соч. стр. 31.

²⁾ Haffner указ. соч., стр. 8.

³⁾ Haffner указ. соч., стр. 9.

зомъ на основаніи того, кто избранъ въ третейскіе судьи. Если въ третейскіе судьи избирается, напримѣръ, членъ юридическаго факультета, говоритъ Гафнеръ¹⁾, то въ такомъ случаѣ третейскій договоръ приходится понимать, какъ соглашеніе руководствоваться закономъ и только закономъ. Если, наоборотъ, два ремесленника поручаютъ рѣшеніе спорнаго вопроса своему товарищу по профессіи, то они не будутъ рассчитывать на знакомство его съ законами и, поэтому, не будутъ и требовать рѣшенія по закону. Промежуточное положеніе занимаетъ торговый третейскій судъ. Тотъ, кто обращается къ его услугамъ, не желаетъ получить приговоръ, основанный на голомъ усмотрѣніи безъ отношенія къ закону: въ своемъ третейскомъ договорѣ онъ выражаетъ свое убѣжденіе, что купецъ, благодаря основательному знакомству съ торговыми обычаями и взглядами купечества правильнѣе примѣнитъ законъ, чѣмъ коронный судья. Во всякомъ случаѣ, толкованіе третейскаго договора, согласно торговымъ обычаямъ, показываетъ, что торговые третейскіе судьи не обзаны отыскивать наиболѣе подходящія статьи закона, но что они должны обычно руководствоваться извѣстными имъ общими законодательными нормами.

Въ противоположность коронному судѣ, третейскій судья не связанъ исключительно юридическими нормами. Если купцы поручаютъ несеніе судейскихъ обязанностей своему коллегѣ, то они ожидаютъ, что въ его дѣятельности найдутъ себѣ выраженіе взглядовъ купечества на то, что послѣднее считаетъ правильнымъ и справедливымъ. Обычно, правовые взгляды купечества совпадаютъ съ предписаніями закона, а потому и третейскій судья связывается нормами матеріальнаго права. Но ни одинъ судья не будетъ въ то же время отрицать, что бываютъ случаи, когда справедливость находится въ противорѣчій съ закономъ. Законъ созданъ для средняго случая и не можетъ быть, поэтому, одинаково приложимъ къ каждому отдѣльному случаю. Первая и важнѣйшая задача третейскаго судьи заключается не въ примѣненіи общихъ нормъ закона, а въ томъ, чтобы рѣшить данный случай по справедливости и по совѣсти²⁾.

¹⁾ Haffner указ. соч., стр. 10.

²⁾ Весьма удачно выражается Боровиковскій: «рѣшенія судовъ третейскаго и оффиціальнаго, сходятся въ томъ, что и тотъ и другой суды устанавливаютъ фактическую сторону дѣла одинаково—«по совѣсти», «по убѣжденію совѣсти». А существенное различіе заключается въ томъ, что

Торговый третейскій судья, въ отличіе отъ короннаго, обладаетъ болѣе полнымъ знаніемъ торговыхъ обычаевъ, а также и того, въ чемъ заключается требованіе совѣсти и справедливости въ области торговли. Последнее обстоятельство отнюдь не должно обозначать того, что третейскій судъ долженъ руководствоваться въ своей дѣятельности настроеніями и чувствами, а только то, что особые свойства извѣстныхъ юридическихъ дѣлъ даютъ третейскимъ судамъ право не считаться съ закономъ, тогда какъ коронный судъ всегда связанъ этимъ закономъ.

Вообще стороны имѣютъ полное право или категорически предписать третейскимъ судьямъ примѣненіе тѣхъ или иныхъ постановленій закона, или, наоборотъ, положительно не запретить примѣненіе извѣстныхъ нормъ. Однако, постоянный третейскій судъ во всякомъ случаѣ не признаетъ такого спеціальнаго третейскаго договора, т. е. отклонить отъ себя разрѣшеніе предлагаемаго случая, такъ какъ призванные на основаніи особаго довѣрія торговаго сословія третейскіе судьи должны отыскивать законъ, стоя надъ сторонами. Постоянный торговый третейскій судъ можетъ лишь постольку связать себя волею сторонъ, поскольку послѣдняя находится въ соотвѣтствіи съ общими взглядами купечества; при этомъ упомянутая воля сторонъ не должна быть непременно ясно выражена, такъ какъ она явствуетъ уже изъ толкованія обычныхъ условій третейскаго суда въ сферѣ торговли ¹⁾.

Свободѣ договорныхъ отношеній сторонъ положены, однако, границы не только фактически, благодаря практикѣ постоянныхъ торговыхъ третейскихъ судовъ, но и юридически — предписаніями закона. Чего стороны не могутъ достигнуть непосредственно путемъ договора, того онѣ не должны пытаться достигнуть и окольной дорогой, путемъ третейскаго разбирательства. Какъ уже выше было указано, третейскій договоръ не дѣйствителенъ, если онъ ставитъ себѣ цѣлью обходъ принудительной нормы закона. Если, напримѣръ, торговый договоръ относительно недвижимости заключается безъ соблюденія предписы-

судъ третейскій устанавливаетъ «по совѣсти» же и самую норму, которою долженъ быть разрѣшенъ споръ,—тогда какъ суду офиціальному норму даетъ законъ. Третейскій судъ есть, въ сущности, болѣе чѣмъ судъ. Это—и «законодатель» *ad hoc*. Онъ разрѣшаетъ споръ тутъ же создаваемой нормой». См. Боровиковскій, Отчетъ судьи, СПб. 1891, т. I, стр. 221.

¹⁾ Haffner указ. соч., стр. 12.

ваемыхъ закономъ формальностей, то стороны не могутъ придать этому ничтожному договору характеръ дѣйствительнаго тѣмъ, что онѣ предоставятъ рѣшеніе могущихъ возникнуть изъ этого договора споровъ третейскому суду въ расчетѣ на то, что послѣдній не обратитъ вниманія на отсутствіе формальностей. Въ противномъ случаѣ, стороны имѣли бы возможность свести на нѣтъ всякое формальное требованіе закона путемъ начатія фиктивного процесса въ третейскомъ судѣ. На томъ же основаніи не имѣетъ силы такое условіе третейскаго договора, коимъ предусматривается заключеніе договора, нарушающаго законодательное запрещеніе или добрые нравы съ той цѣлью, чтобы при отсутствіи добровольнаго исполненія создать путемъ третейскаго суда возможность принудительнаго исполненія ¹⁾. Наконецъ, то же самое примѣнимо и къ договорамъ, которые, правда, по германскому праву, не ничтожны, но не подлежатъ принудительному исполненію, т. е. прежде всего къ сдѣлкѣ на разницу. Во всѣхъ этихъ случаяхъ для третейскаго разбирательства нѣтъ юридической предпосылки—третейскаго договора; вынесенный, несмотря на отсутствіе этой предпосылки, третейскій приговоръ не можетъ, поэтому, претендовать на исполненіе и подлежить отмѣнѣ.

Примѣненіе торговыхъ обычаевъ всегда вмѣняется сторонами въ обязанность членамъ постоянного торговаго суда. Отъ нихъ требуется знаніе какъ общихъ торговыхъ обычаевъ, такъ и специальныхъ, существующихъ въ мѣстѣ пребыванія третейскаго суда ²⁾. Впрочемъ, самый фактъ подчиненія себя компетенціи постоянного третейскаго суда часто обозначаетъ уже признаніе распространенныхъ въ мѣстѣ пребыванія третейскаго суда торговыхъ обычаевъ, хотя это правило дѣйствуетъ и не всегда. Если третейскій судья не приметъ во вниманіе какого нибудь торговаго обычая при вынесеніи рѣшенія, то онъ совершаетъ тѣмъ самымъ нарушеніе закона, можетъ подлежать, поэтому, отвѣтственности, въ той же мѣрѣ, какъ и за нарушеніе всякаго другого закона.

Поскольку постоянные третейскіе суды считаются при отправленіи ими своихъ обязанностей съ купеческими взглядами и потребностями, эти суды содѣйствуютъ часто и выработкѣ новыхъ торговыхъ обычаевъ ³⁾.

¹⁾ Haffner указ. соч., стр. 13.

²⁾ Отъ торговаго третейскаго судьи нельзя требовать, чтобы ему были извѣстны также и торговые обычаи иностранныхъ государствъ. См. Haffner указ. соч., стр. 17.

³⁾ Haffner указ. соч., стр. 18. См. также А. Ф. Волковъ, Биржевое право, т. I.

Только благодаря учрежденію арбитражной комисіи, Калашниковская хлѣбная биржа гор. С.-Петербурга могла кодифицировать существующіе въ хлѣбной торговлѣ обычаи и составить правила биржевой торговли. Составленныя правила оказались настолько удачными, что большинство остальныхъ русскихъ биржъ примѣняетъ ихъ у себя съ незначительными измѣненіями.

VI.

Приговоръ третейскаго суда.

Приговоръ является цѣлью третейскаго договора и примыкающаго къ нему судебнo-третейскаго производства, именно тою цѣлью, къ которой стремились стороны, заключая третейскій договоръ. Приговоръ разрѣшаетъ правовой споръ. На мѣсто прежняго притязанія изъ прежняго правоотношенія выступаетъ новое, которое имѣетъ своимъ основаніемъ соглашеніе сторонъ въ третейскомъ договорѣ.

Австрійское законодательство съ введеніемъ новаго Z. P. O. лишило биржевые третейскіе суды принадлежавшаго имъ прежде права издавать приказы объ исполненіи своихъ приговоровъ¹⁾. Въ настоящее время стороны должны обращаться въ коронный судъ съ просьбою о выдачѣ приказа на исполненіе приговоровъ биржевыхъ третейскихъ судовъ. Просьба о приведеніи приговора въ исполненіе подается или компетентному для разрѣшенія иска суду, или же тому коронному суду, въ округѣ котораго имѣетъ свое пребываніе биржевой третейскій судъ. Къ прошенію о приведеніи приговора въ исполненіе долженъ быть приложенъ самый приговоръ съ удостовѣреніемъ, что онъ подлежитъ исполненію. Это удостовѣреніе, согласно уставу, должно быть подписано секретаремъ биржевого третейскаго суда съ приложеніемъ печати суда. Означенное прошеніе должно быть рассмотрѣно короннымъ

¹⁾ Въ тѣхъ случаяхъ, когда государственная власть служитъ интересамъ частныхъ лицъ, какъ на примѣръ, при исполненіи рѣшеній по гражданскимъ дѣламъ, вопросъ о возможности исполненія этихъ рѣшеній долженъ быть рассмотрѣнъ короннымъ судомъ. *Permanenzausschuss des Abgeordneten-hauses zum Gesetze über das Executions-und Sicherheitsverfahren*, стр. 2. См. Horovitz указ. соч., стр. 223.

судомъ безъ предварительнаго устнаго производства и безъ допроса отвѣтчика.

Въ практикѣ англійскихъ третейскихъ судовъ для дѣйствительности приговора не существуетъ какой-либо особой формы его, въ смыслѣ редакціи или техническихъ выраженій; достаточно, чтобы можно было ясно видѣть изъ приговора, что третейскій судъ окончательно разрѣшилъ представленные ему вопросы ¹⁾. Приговоръ долженъ быть постановленъ въ назначенный сторонами срокъ и съ соблюденіемъ всѣхъ формальностей, установленныхъ въ третейскомъ соглашеніи. Приговоръ подписывается всѣми третейскими судьями въ одно и то же время, въ одномъ и томъ же мѣстѣ и въ присутствіи другъ друга, такъ какъ, въ противномъ случаѣ, этотъ приговоръ не явился бы соотвѣтствующимъ соглашенію сторонъ относительно совмѣстнаго постановленія приговора нѣсколькими третейскими судьями ²⁾.

До изданія Arbitration Act въ 1889 г. третейскіе судьи, по постановленіи приговора, разсматривались, какъ исполнившіе свои обязанности и не имѣли права собственною властью исправлять какія-либо допущенныя ими въ приговорѣ ошибки или описки. Въ настоящее время третейскіе судьи могутъ исправлять въ приговорѣ канцелярскія ошибки.

Третейскій приговоръ не долженъ превышать полномочій, предоставленныхъ соглашеніемъ сторонъ по данному случаю; если приговоръ касается вопросовъ, не составлявшихъ предмета соглашенія, то онъ является недѣйствительнымъ въ той части, которая касается этихъ вопросовъ; но третейскій судья имѣетъ право, если это окажется необходимымъ для разрѣшенія дѣла, касаться вопросовъ, стоящихъ внѣ объекта арбитража ³⁾.

¹⁾ Къ приговору была приложена карта, на каковой были обозначены цифры, относящіяся къ имѣвшимся на поляхъ объяснительнымъ примѣчаніямъ, указывающимъ границы нѣкоторыхъ участковъ. Безъ этихъ примѣчаній планъ былъ бы непонятенъ. Онъ составляли часть плана и потому считались нераздѣльною частью приговора. См. Lynch указ. соч., § 88.

²⁾ См. Lynch указ. соч., § 89.

³⁾ Судостроительное общество заключило съ правительствомъ контрактъ на исполненіе извѣстной работы. Въ контрактѣ имѣлось условіе о передачѣ на разрѣшеніе путемъ арбитража въ случаѣ спора нѣкоторыхъ, особо указанныхъ, вопросовъ. Возникъ споръ и былъ назначенъ арбитръ. Стороны, ошибаясь въ предѣлахъ его полномочій, передали на его разрѣ-

Не представляется, впрочемъ, необходимымъ, чтобы въ соглашеніи всѣ вопросы были точно обозначены; достаточно, если сторонамъ вполне ясно, о чемъ именно производится третейское разбирательство. Поэтому, приговоръ является дѣйствительнымъ, если и третейскій судья и стороны считаютъ, что разрѣшенные вопросы входили въ юрисдикцію третейскихъ судей.

Если третейскій судья найдетъ, что существуетъ долгъ на извѣстную сумму, то онъ долженъ сдѣлать постановленіе объ уплатѣ таковой; онъ можетъ также назначить время и мѣсто уплаты или назначить уплату на какое-либо будущее время и постановить, чтобы въ обезпеченіе производства таковой были даны письменныя обязательства или залоговое обязательство (но безъ поручительства). Третейскій судья имѣетъ право, если это вызывается обстоятельствами даннаго случая, сдѣлать постановленіе объ уплатѣ вознагражденія за убытки, а равно можетъ присудить одну общую сумму въ удовлетвореніе различныхъ претензій.

Приговоръ не долженъ касаться предметовъ, стоящихъ внѣ соглашенія о третейскомъ разбирательствѣ, но, съ другой стороны, онъ долженъ распространяться на всѣ переданные на третейскій судъ вопросы; если же арбитръ не постановитъ рѣшенія по одному изъ нѣсколькихъ переданныхъ ему на разрѣшеніе отдѣльныхъ вопросовъ, то весь приговоръ является недѣйствительнымъ. Умолчаніе можетъ быть рѣшеніемъ, если, по своему характеру, претензія не требуетъ положительнаго рѣшенія ²⁾).

шеніе также и другіе вопросы, относительно коихъ онъ и постановилъ приговоръ. Послѣдній является дѣйствительнымъ.

Въ договорѣ объ арендѣ, заключенномъ на извѣстное число лѣтъ, начиная съ 1 Мая 1801 года, было обусловлено, что наемщику предоставляется въ теченіе трехъ лѣтъ, начиная отъ вышеозначеннаго числа, безъ уплаты какой либо арендной платы, эксплуатировать участокъ земли. Арбитру было предоставлено опредѣлить условія аренды по его усмотрѣнію. Онъ назначилъ аренду на извѣстное число лѣтъ, начиная съ 1 Мая 1804 года. Это явилось превышеніемъ данныхъ ему полномочій. См. Lynch указ. соч. къ § 94.

²⁾ Всѣ спорные вопросы по одному дѣлу были переданы на разрѣшеніе путемъ арбитража. Отвѣтчикомъ былъ заявленъ арбитру встрѣчный искъ. Арбитръ сдѣлалъ постановленіе объ уплатѣ отвѣтчикомъ истцу одной общей суммы въ удовлетвореніе всѣхъ его претензій, распредѣлилъ арбитражныя издержки между сторонами, и приведеніе въ исполненіе приговора возложилъ на истца, а отвѣтчику выдалъ удостовѣреніе объ освобожденіи

Приговоръ долженъ быть вполне определеннымъ для того, чтобы стороны точно знали, что имъ слѣдуетъ дѣлать, а коронный судъ могъ рѣшить, отвѣчаетъ ли приговоръ соглашенію о третейскомъ судѣ.

Равнымъ образомъ, онъ долженъ являться окончательнымъ разрѣшеніемъ всѣхъ указанныхъ въ соглашеніи спорныхъ вопросовъ ¹⁾. Если одна часть приговора дѣйствительна, а другая—нѣтъ, то, при возможности отдѣленія дѣйствительной части отъ недѣйствительной и при условіи, чтобы эта часть являлась окончательнымъ разрѣшеніемъ всѣхъ предложенныхъ на разрѣшеніе вопросовъ, дѣйствительная часть приговора можетъ быть приведена въ исполненіе ²⁾.

Коронный судъ не имѣетъ права принимать къ разбирательству спорные вопросы, которые переданы сторонами на разсмотрѣніе третейскаго суда.

Приговоръ третейскаго суда, состоявшійся на основаніи третейскаго договора сторонъ, приводится въ исполненіе подлежащимъ короннымъ судомъ. Ходатайство о приведеніи приговора приносится предсѣдателю суда. Ходатайствующее о семъ лицо обязано пред-

его отъ всякой дальнѣйшей по означеннымъ претензіямъ отвѣтственности; но относительно встрѣчнаго иска арбитромъ ничего въ приговорѣ не было сказано. Приговоръ является дѣйствительнымъ, такъ какъ изъ умолчанія арбитра можно заключить, что онъ въ этомъ искѣ отказалъ. См. Lynch указ. соч. къ § 98.

¹⁾ Арбитръ сдѣлалъ въ слѣдующей редакціи постановленіе объ отмѣнѣ извѣстныхъ контрактовъ: «если и поскольку таковыя имѣютъ силу и если и поскольку отмѣна таковыхъ входитъ въ мою юрисдикцію; если же въ мою юрисдикцію не входитъ означенная отмѣна, я объявляю остальную часть моего приговора имѣющей силу». Приговоръ не являлся окончательнымъ. См. Lynch указ. соч. къ § 102.

²⁾ Арбитрамъ было предложено рѣшить вопросъ о томъ, на какихъ условіяхъ слѣдовало возобновить контрактъ о наймѣ зданія, заключенный между однимъ частнымъ лицомъ и одной корпораціею. Арбитры постановили, что корпораціи надлежитъ привести помѣщеніе въ «хорошій, годный для найма» видъ, который удовлетворилъ бы М., архитектора. Постановленіе относительно производства корпораціею ремонта помѣщеній являлось дѣйствительнымъ, но та часть приговора, которая касалась передачи М. разрѣшенія вопроса объ удовлетворительности произведеннаго ремонта, разсматривалась, какъ недѣйствительная. Такъ какъ обѣ части приговора являлись неразрывно связанными другъ съ другомъ, то весь приговоръ оказался недѣйствительнымъ. См. Lynch указ. соч., § 103.

ставить подлинный приговоръ, или дубликатъ таковаго, вмѣстѣ съ копіей, засвидѣтельствованной клятвеннымъ показаніемъ. Отвѣтчикъ, съ своей стороны, можетъ просить объ отмѣнѣ приговора, какъ неправильно постановленнаго. По постановленію короннаго суда, утверждающаго третейскій приговоръ, таковой приводится въ исполненіе на общихъ основаніяхъ.

Германскій Z. P. O., согласно § 1040, сообщаетъ третейскому приговору по отношенію къ сторонамъ такое же дѣйствіе, какъ рѣшеніе короннаго суда, вступившее въ законную силу. Но эту законную силу третейскій приговоръ получаетъ лишь послѣ того, какъ будутъ исполнены формальности, предусмотрѣнныя въ § 1039, т. е. приговоръ долженъ быть подписанъ третейскими судьями съ означеніемъ дня его вынесенія, выданъ сторонамъ за подписями судей и представленъ въ канцелярію компетентнаго суда съ удостовѣреніемъ о выдачѣ дубликата приговора сторонамъ.

Если эти требованія не исполнены, то согласно твердо установившейся практикѣ имперскаго суда, на лицо не имѣется третейскаго приговора.

Нуссбаумъ въ недавно опубликованной статьѣ ¹⁾ называетъ эти формальныя требованія сущимъ крестомъ для судебно-третейскаго производства.

Прежде всего, говоритъ онъ, третейскій приговоръ долженъ быть подписанъ всѣми третейскими судьями съ означеніемъ дня его вынесенія. Въ рѣшеніи отъ 15 марта 1905 года имперскій судъ признаетъ днемъ вынесенія рѣшенія тотъ день, «въ который третейскіе судьи пришли къ соглашенію относительно вынесеннаго рѣшенія», т. е. день произнесенія приговора. Между тѣмъ, по обычному смыслу словъ, подъ «вынесеніемъ» подлежащаго подписанію третейскаго приговора можно подразумѣвать лишь изготовленіе письменнаго документа; даже то толкованіе, которое разсматриваетъ въ качествѣ дня вынесенія—день подписанія, представляется по смыслу словъ болѣе правильнымъ, нежели мнѣніе имперскаго суда. Хотя законъ не соединяетъ матеріально-правовыхъ послѣдствій съ моментомъ соглашенія воли третейскихъ судей и допускаетъ завершеніе третейскаго приговора значительно позднѣе, однако, по сравненію съ изготовленіемъ (столь часто производимымъ третьими лицами), и подписаніемъ третейскаго приговора соглашеніе воли

¹⁾ Nussbaum указ. ст. въ Busch's Zeitschrift, т. XLII, стр. 270 и сл.

третейскихъ судей является гораздо болѣе важнымъ моментомъ. Исходя изъ взгляда имперскаго суда, третейскій приговоръ долженъ быть объявленъ ничтожнымъ, если въ приговорѣ не указанъ день соглашенія воли третейскихъ судей. На практикѣ имперскій судъ старался смягчить эти послѣдствія и признаетъ третейскій приговоръ правильнымъ въ томъ случаѣ, когда хотя и усматривается не-правильность даты, но тѣмъ не менѣе, это обстоятельство должно дать убѣжденіе, что третейскій приговоръ былъ вынесенъ именно въ томъ видѣ, въ какомъ онъ подписанъ ¹⁾. Но это рѣшеніе все же не предусматриваетъ того случая, когда въ приговорѣ вовсе не означенъ день вынесенія, но лишь день подписанія. Здѣсь могутъ произойти вредныя для приговора ошибки и недосмотры.

Еще болѣе опасная ловушка, говоритъ Нуссбаумъ, заключается для третейскихъ судовъ въ томъ, что приговоръ долженъ быть врученъ сторонамъ въ видѣ подписаннаго судьями документа (*Ausfertigung*). Само слово «документъ» возбуждаетъ сомнѣнія. Франкфуртскій верхне-земскій судъ понимаетъ подъ этимъ словомъ копію оригинала. Такимъ образомъ, по мнѣнію этого суда, оригиналъ долженъ быть скопированъ, включая подписи третейскихъ судей, а затѣмъ эта копія подписывается вновь третейскими судьями. Однако, имперскій судъ стоитъ на болѣе свободной точкѣ зрѣнія: онъ разсматриваетъ каждый, подписанный третейскими судьями текстъ приговора, какъ требуемый закономъ документъ (*Ausfertigung*) ²⁾. Слѣдовательно, каждый третейскій приговоръ долженъ быть изготовленъ въ количествѣ числа сторонъ плюсъ одинъ. Копія третейскаго приговора, хотя бы и надлежаще засвидѣтельствованная, считается имперскимъ судомъ недостаточною.

Первоначально имперскій судъ выставилъ положеніе, что врученіе третейскаго приговора должно исходить отъ всего третейскаго суда и что врученіе отъ лица одного судьи или одной только сторонѣ—недѣйствительно. Но въ послѣдствіи судебная практика отказалась отъ этого требованія и признала законнымъ передачу

¹⁾ Рѣшенія Reichsgericht'a отъ 18 окт. 1907 г. и 12 мая 1908 г. см. у Soergel'я изд. 1908 г. къ § 1039 Z. P. O.

²⁾ Не требуется, чтобы доставленный сторонамъ документъ былъ спеціально названъ этимъ терминомъ; достаточно, чтобы онъ снабженъ былъ подписями третейскихъ судей и совпадалъ съ текстомъ подлиннаго приговора третейскаго суда. Рѣшеніе Reichsgericht'a отъ 2 іюля 1907, приведено у Soergel'я изд. 1907 по § 1039.

третейскаго приговора однимъ изъ судей, конструируя это тѣмъ, что остальные третейскіе судьи даютъ этому судѣ соответствующее полномочіе. Но и это нововведеніе, по мнѣнію Нуссбаума¹⁾, неудовлетворительно. Въ практикѣ Кольмарскаго суда былъ случай, когда третейскій судья умеръ, не успѣвъ выполнить порученія остальныхъ своихъ коллегъ вручить приговоръ сторонамъ. Совершенно изготовленный и подписанный приговоръ былъ объявленъ ничтожнымъ на основаніи крайне формальныхъ толкованій.

Въ виду этихъ замѣчаній, Нуссбаумъ предлагаетъ произвести соответствующія измѣненія въ § 1039 Z. P. O., но при необходимомъ условіи, чтобы третейскій приговоръ излагался на письмѣ, подписывался всѣми третейскими судьями и вручался бы сторонамъ также въ письменной формѣ. Соблюденіе этихъ формальностей для третейскаго суда болѣе важно, чѣмъ для суда государственнаго. Что же касается указанія дня вынесенія, то это не представляется необходимымъ. Боязнь, что, въ противномъ случаѣ, могутъ возникнуть сомнѣнія въ подлинности третейскаго приговора является, по мнѣнію Нуссбаума, доктринерскимъ отголоскомъ иначе организованнаго нотаріальнаго права. Равнымъ образомъ, слѣдуетъ ограничиться выдачею сторонамъ копіи приговора, засвидѣтельствованной судебной властью. Въ постоянныхъ третейскихъ судахъ засвидѣтельствованіе, а также передача третейскаго приговора можетъ производиться секретарями этихъ судовъ, что фактически исполняется и въ настоящее время. Нѣтъ необходимости въ особомъ постановленіи закона относительно того, отъ кого должно исходить врученіе приговора. Определеніе лицъ, уполномоченныхъ на передачу приговора можно предоставить самой практикѣ или уставамъ постоянныхъ третейскихъ судовъ.

Нуссбаумъ не видитъ также надобности въ передачѣ третейскаго приговора въ компетентный судъ. Этотъ приговоръ можетъ храниться въ дѣлахъ корпораціи, организовавшей третейскій судъ.

Хотя послѣ составленія и подписанія приговора обязанности третейскихъ судей ограничиваются формально исключительно тѣмъ, чтобы распорядиться доставкой сторонамъ дубликатовъ приговора и отдать подлинный приговоръ на сохраненіе въ канцелярію суда, все таки новое засѣданіе суда въ цѣляхъ продолженія разбирательства не исключается, какъ не выходящее изъ предѣловъ полно-

¹⁾ Nussbaum указ. ст. въ Busch's Zeitschrift, т. XLII, стр. 272.

мочій третейскихъ судей. Составленіе и подписаніе приговора является лишь внутреннимъ распорядкомъ третейскаго суда; послѣ этихъ дѣйствій приговоръ еще не проявилъ своего существованія во внѣ.

Подлинный экземпляръ третейскаго приговора вмѣстѣ съ удостовѣреніемъ о врученіи его сторонамъ долженъ быть представленъ въ канцелярію «компетентнаго» суда. Согласно опредѣленіямъ §§ 1045 и 1046 Z. P. O., этотъ судъ долженъ быть указанъ въ третейскомъ договорѣ. За отсутствіемъ же такого указанія—тотъ коронный судъ, который былъ бы компетентенъ для судебного разсмотрѣнія требованія, если бы оно не было передано сторонами третейскому суду. Рѣшающимъ обстоятельствомъ для опредѣленія подсудности въ послѣднемъ случаѣ является первоначальный объектъ третейскаго разбирательства; опредѣленный по объекту подлежащій судъ остается таковымъ и въ томъ случаѣ, если въ теченіе третейскаго разбирательства требованіе понижается, или третейскій приговоръ касается лишь издержекъ производства. Если третейскій приговоръ послѣдовалъ на основаніи встрѣчнаго иска, то отдача на храненіе направлялась бы въ тотъ коронный судъ, гдѣ могло бы быть проведено въ обычномъ судебномъ порядкѣ требованіе изъ встрѣчнаго иска, если бы тамъ надлежащимъ образомъ предъявленъ былъ первоначальный искъ. Если какая либо изъ сторонъ прибѣгла къ услугамъ даннаго суда въ цѣляхъ заслушанія свидѣтельскихъ показаній и т. д., тогда этотъ судъ становится исключительно подлежащимъ для храненія приговора ¹⁾. Это явствуется изъ того, что предпосылкой ходатайства объ отмѣнѣ или исполненіи приговора является отдача на храненіе третейскаго приговора въ тотъ судъ, гдѣ предъявляется ходатайство, и что для этого ходатайства единственно подлежащимъ судомъ является тотъ, въ который первоначально обратилась какая либо сторона.

По мнѣнію Нуссбаума, такой порядокъ для постоянныхъ торговыхъ третейскихъ судовъ весьма не практиченъ. Естественнѣе было бы признать, говоритъ онъ ²⁾, компетентность того короннаго суда, въ округѣ котораго постоянный третейскій судъ имѣетъ свое мѣстопробываніе, ибо совсѣмъ непонятно, почему, на примѣръ, тяжущіяся передъ берлинскимъ третейскимъ судомъ сто-

¹⁾ Hayum указ. соч., стр. 84.

²⁾ Nussbaum указ. ст. Busch's Zeitschrift, т. XLII, стр. 296.

роны должны обращаться для необходимыхъ судебныхъ дѣйствій въ Кѣльнъ, такъ какъ тамъ была бы ихъ общая и особая подсудность, если бы не былъ заключенъ третейскій договоръ. Подобное мѣстное разрѣшеніе процесса не только увеличиваетъ труды и издержки, но и мѣшаетъ матеріальному выясненію спора, если, на примѣръ, представитель стороны въ спорѣ передъ третейскимъ судомъ, вслѣдствіе дальности разстоянія, лишенъ возможности принять личное участіе въ государственномъ судебномъ производствѣ. Съ измѣненіемъ порядка компетентности въ предлагаемомъ смыслѣ, постояннымъ третейскимъ судамъ облегчилась бы совмѣстная работа съ коронными судами ихъ округа; въ этихъ судахъ образовалась бы устойчивая практика относительно споровъ, представляемыхъ въ соотвѣтствующій третейскій судъ; эта практика, естественно, принималась бы во вниманіе и третейскимъ судомъ и, такимъ образомъ, все производство проходило бы гораздо скорѣе и глаже.

Такъ какъ третейскій приговоръ получаетъ законную силу лишь по отдачѣ его на храненіе въ надлежащій коронный судъ, то до этого момента третейскій судъ можетъ вновь начинать производство и мѣнять принятое постановленіе ¹⁾. До тѣхъ поръ пока третейскіе судьи не вынесутъ своего приговора съ соблюденіемъ требованій § 1039 Z. P. O., задача ихъ не окончена, и ихъ дальнѣйшая дѣятельность въ качествѣ третейскихъ судей не лишена основаній.

Юридическія послѣдствія приговора для сторонъ и ихъ правопреемниковъ проявляются въ томъ, что они лишены возможности, какъ предпринять какія нибудь юридическія дѣйствія противъ третейскаго приговора, положеннаго на сохраненіе съ соблюденіемъ установленныхъ правилъ, такъ и возбудить въ третейскомъ или въ коронномъ судѣ новый искъ по тому же дѣлу. Можно лишь возбудить ходатайство объ отмѣнѣ третейскаго приговора при наличности совершенно опредѣленныхъ основаній, указанныхъ въ § 1041. Предпосылкой для ходатайства объ отмѣнѣ третейскаго приговора является завершеніе третейскаго разбирательства путемъ правильной отдачи третейскаго приговора на храненіе. Въ ходатайствѣ должно быть опредѣленно указано, на какомъ изъ приведенныхъ въ § 1041 основаній испрашивается отмѣна приговора.

¹⁾ См. выше, стр. 74.

Дѣятельность третейскаго судьи окончательно завершается лишь послѣ произведенной по установленнымъ правиламъ отдачи на храненіе подобнаго приговора. Исходя изъ этого основанія, должны быть оцѣниваемы полномочія третейскаго суда на поправки, дополненія и измѣненія вынесеннаго имъ приговора.

Если третейскіе судьи пропустили какое нибудь требованіе, то въ такомъ случаѣ третейскій договоръ выполненъ лишь по отношенію къ тѣмъ требованіямъ, по которымъ третейскіе судьи вынесли постановленія; что же касается пропущеннаго требованія или пропущенной части какого нибудь требованія, то для нихъ третейскій договоръ продолжаетъ существовать и третейскіе судьи могутъ выносить по нимъ дополнительные приговоры ¹⁾ и притомъ какъ по собственной инициативѣ, такъ и по предложенію одной изъ сторонъ.

Въ недавно опубликованной статьѣ С. М. Левинъ ²⁾ возбуждаетъ вопросъ о томъ, кому принадлежитъ право толкованія третейскихъ приговоровъ. Раздѣляя его конечные выводы, что коронный судъ не уполномоченъ на толкованіе третейскаго приговора и что созывъ для этой цѣли третейскаго суда, уже прекратившаго свое существованіе, не только представляетъ неудобства, но въ нѣкоторыхъ случаяхъ и невозможенъ, все же слѣдуетъ имѣть въ виду, что эти выводы относятся лишь къ случайнымъ третейскимъ судамъ. Практика постоянныхъ торговыхъ третейскихъ судовъ разрѣшаетъ этотъ вопросъ въ томъ смыслѣ, что толкованіе третейскаго приговора производится тѣмъ третейскимъ судомъ, который вынесъ неясный приговоръ.

Исправленный или дополненный третейскій приговоръ долженъ быть подписанъ третейскими судьями, доставленъ, согласно § 1039 Z. P. O., сторонамъ и положенъ на храненіе въ подлежащемъ судѣ.

Съ момента объявленія третейскаго приговора подлежащимъ исполненію, дѣятельности третейскихъ судей положенъ предѣлъ; третейскіе судьи не могутъ начинать новое разбирательство даже и въ томъ случаѣ, когда придутъ впослѣдствіи къ убѣжденію, что они постановили неправильный приговоръ.

Даже тогда, когда третейскій судъ, послѣ отдачи приговора на храненіе, обнаружитъ, что по поводу приговора могло бы быть

¹⁾ Schwarz указ. соч. стр. 65.

²⁾ С. М. Левинъ, О толкованіи рѣшенія третейскаго суда № 41 газ. Право за 1912 г.

возбуждено, согласно § 1041, ходатайство объ отмѣнѣ, то и въ этомъ случаѣ третейскій судъ не можетъ открыть новаго производства, такъ какъ до отмѣны короннымъ судомъ, третейскій приговоръ обладаетъ извѣстной юридической силой, если отвѣтчикъ не предъявляетъ возраженій, или же коронный судъ не указываетъ по долгу службы на ничтожность приговора. Третейскій приговоръ можетъ быть приведенъ въ исполненіе и съ этими дефектами ¹⁾.

Если въ послѣдствіи отвѣтчикъ согласится на новое разбирательство дѣла въ коронномъ судѣ, не заявляя о законно состоявшемся третейскомъ приговорѣ, то такое поведеніе отвѣтчика рассматривается, какъ отказъ отъ возраженія. Возраженіе со ссылкой на приговоръ третейскаго суда можетъ быть парировано указаніемъ, что этотъ приговоръ подлежитъ отмѣнѣ въ силу одного изъ перечисленныхъ въ § 1041 основаній.

Въ заключеніе слѣдуетъ привести отзывъ Нуссбаума относительно существующаго въ Германіи порядка представленія иска объ исполненіи третейскаго приговора.

Язвой судебно-третейскаго производства, говоритъ Нуссбаумъ, является допущеніе иска объ исполненіи ¹⁾. Создается совершенно невыносимое положеніе, когда споръ, чтобы получить исполнимость, долженъ пройти три инстанціи въ формѣ обыкновеннаго судебного процесса. Если въ послѣдней инстанціи имперскаго суда будетъ отказано въ исполненіи третейскаго приговора и правовой споръ передается на разсмотрѣніе короннаго суда, то сторонами, вмѣсто одной инстанціи, какъ онѣ первоначально желали, придется проводить его черезъ *семь инстанцій*.

Австрійское законодательство впадаетъ въ противоположную крайность. Согласно его постановленіямъ, биржевой третейскій судъ самъ выдаетъ удостовѣреніе о наступленіи исполнимости приговора и на основаніи этого удостовѣренія коронный судъ издаетъ приказъ объ исполненіи. Возраженіе отвѣтчика представляется въ видѣ иска объ отмѣнѣ, до разсмотрѣнія котораго исполненіе можетъ быть отложено, если отвѣтчикъ докажетъ, что онъ понесетъ невозмездимые убытки.

Необходимо найти средній путь между этими двумя крайностями. Австрійская система, по мнѣнію Нуссбаума, не можетъ слу-

¹⁾ Haffner указ. соч., стр. 55; ср. Hayum указ. соч., стр. 93.

²⁾ Nussbaum указ. ст. въ Busch's Zeitschrift, т. XLII, стр. 277 и сл.

жить образцомъ, такъ какъ она вызываетъ серьезныя сомнѣнія: авторитетность третейскаго приговора въ общемъ вовсе не такова, чтобы ему можно было дать исполнительную силу безъ тщательнаго изслѣдованія его законности. Кромѣ сего, австрійское право своимъ совмѣщеніемъ производства объ исполненіи и объ отмѣнѣ приговора еще болѣе увеличиваетъ число инстанцій. Дѣло не можетъ быть скоро приведено къ концу, такъ какъ заявленіе возраженій связано формами государственнаго процесса.

Въ этомъ отношеніи необходимо принять въ соображеніе слѣдующее. Какъ нормальный слѣдуетъ разсматривать тотъ случай, когда противъ законосильнаго третейскаго приговора не поднимается никакихъ возраженій, тогда какъ германскій Z. P. O. посредствомъ цѣлаго ряда соотвѣтствующихъ постановленій рисуетъ возраженія до нѣкоторой степени естественными и тѣмъ вызываетъ ихъ. Въ огромномъ большинствѣ случаевъ коронный судъ можетъ вынести опредѣленіе объ исполненіи приговора безъ устнаго производства, на основаніи безспорнаго или документально удостовѣреннаго положенія дѣла, въ особенности же, когда можно указать на недостатки третейскаго приговора въ формальномъ отношеніи, на отсутствіе обоснованія или на присужденіе къ дѣйствию, законамъ противному и пр. Бываютъ, конечно, исключительные случаи, требующіе всесторонняго разслѣдованія и приведенія доказательствъ, напримѣръ, когда заявляютъ о недѣйствительности самого третейскаго договора. Но здѣсь именно необходима извѣстная эластичность производства для того, чтобы считаться съ необыкновеннымъ разнообразіемъ фактовъ. Въ этомъ направленіи слѣдуетъ предоставить усмотрѣнію короннаго суда, какимъ образомъ вести процессъ. Согласно § 1045 Z. P. O., необходимо принимать мѣры къ тому, чтобы отвѣтчикъ былъ поставленъ въ извѣстность относительно требованія исполненія приговора, чтобы онъ могъ своевременно привести соотвѣтствующія возраженія.

По предложенію Нуссбаума¹⁾ объявленіе исполнимости приговора, исходящее отъ первой инстанціи, должно было бы немедленно получать дѣйствительную силу, т. е. предварительное исполненіе, по крайней мѣрѣ, для приговоровъ постоянныхъ третейскихъ судовъ. Нѣтъ никакого основанія откладывать исполненіе законосильнаго третейскаго приговора, когда фактическое положеніе вещей

¹⁾ Nussbaum указ. ст. въ Busch's Zeitschrift, т. XLII, стр. 280.

разсмотрѣно съ матеріальной и формальной стороны сначала постояннымъ третейскимъ судомъ, а затѣмъ еще разъ разслѣдовано съ формальной точки зрѣнія короннымъ судомъ.

Приговоры русскихъ арбитражныхъ комиссій принудительному исполненію не подлежатъ и имѣютъ для сторонъ исключительно моральное значеніе. Публикуемые отчеты арбитражныхъ комиссій показываютъ довольно высокій процентъ добровольнаго подчиненія по состоявшимся приговорамъ.

На происходившемъ въ 1912 г. очередномъ съѣздѣ представителей биржевой торговли и сельскаго хозяйства былъ возбужденъ вопросъ о необходимости принять какія-либо мѣры къ тому, чтобы обезпечить исполненіе приговоровъ арбитражныхъ комиссій членами иногороднихъ биржъ, такъ какъ въ настоящее время нѣтъ возможности заставить подчиниться рѣшенію арбитражной комиссіи контрагента, не являющагося членомъ данной биржи, каковымъ обстоятельствомъ во многихъ случаяхъ пользуются недобросовѣстные элементы. Во избѣжаніе этого нежелательнаго явленія и въ цѣляхъ приданія институту арбитражнаго суда необходимаго авторитета, нѣкоторыми членами съѣзда было предложено установить или обязательство биржевыхъ комитетовъ приводить въ исполненіе по отношенію къ членамъ своей биржи рѣшенія арбитражныхъ комиссій другихъ биржъ, или ввести въ обычай порядокъ, согласно коему рѣшеніе арбитражной комиссіи одной биржи пересылалось бы комитету биржи, къ которой приписанъ отвѣтчикъ, каковой комитетъ, въ свою очередь, разсмотрѣвъ это дѣло по существу самъ, или передавъ его сперва въ свою арбитражную комиссію, выносилъ бы соотвѣтствующее постановленіе. Первое изъ указанныхъ предложеній, являясь, по мнѣнію съѣзда, самымъ полнымъ и цѣлесообразнымъ, въ интересахъ биржевой торговли и арбитражнаго суда, рѣшеніемъ настоящаго вопроса, могло бы, однако, быть осуществлено лишь въ законодательномъ порядкѣ. Второе же предложеніе находитъ для своего осуществленія препятствіе въ установленномъ, согласно дѣйствующимъ инструкціямъ для арбитражныхъ комиссій, порядкѣ поступленія дѣлъ на разсмотрѣніе арбитражнаго суда съ обоюднаго согласія спорящихъ сторонъ и, кромѣ того, можетъ вызвать нежелательныя сомнѣнія въ такихъ случаяхъ, когда постановленіе первой арбитражной комиссіи не будетъ признано правильнымъ арбитражною комиссіею другой биржи ¹⁾.

¹⁾ См. Сводъ постановленій VI-го Всероссийскаго съѣзда представителей биржевой торговли и сельскаго хозяйства, стр. 22 и сл.

Не предрѣшая настоящаго вопроса по существу, съѣздъ постановилъ предварительно собрать мнѣнія биржевыхъ комитетовъ и внести ихъ на обсужденіе очереднаго съѣзда представителей биржевой торговли и сельскаго хозяйства, имѣющаго быть въ 1913 году.

Не только второе, но и первое предложеніе членовъ съѣзда неприемлемы. Невозможно представительному органу общественной организаціи, каковымъ является биржевой комитетъ, предоставлять функціи короннаго суда и поручать ему приведеніе въ исполненіе какимъ бы то ни было способомъ приговоры не только иногороднихъ арбитражныхъ комиссій, но и той комиссіи, которая состоитъ при данномъ комитетѣ.

Съѣздамъ представителей биржевой торговли и сельскаго хозяйства, а равно и другимъ торгово-промышленнымъ общественнымъ организаціямъ слѣдуетъ возбудить вопросъ о пересмотрѣ существующихъ узаконеній о третейскомъ судѣ, изложенныхъ въ ст.ст. 1367—1400 устава гражданскаго судопроизводства въ томъ смыслѣ, чтобы новыя общія узаконенія, освобожденные отъ всякихъ стѣснительныхъ формальностей, могли быть легко примѣнимы къ каждому торговому третейскому суду, учреждаемому той или иной торговой организаціей.

Невозможно, да и въ высшей степени вредно, требовать полной судебной автономіи для торговыхъ третейскихъ судовъ, такъ какъ это послужитъ къ умаленію ихъ дѣятельности. Свободно избирая тотъ или иной третейскій судъ, стороны должны имѣть твердую увѣренность въ томъ, что приговоръ будетъ постановленъ въ соотвѣтствіи не только съ ихъ волеизъявленіемъ, но и съ предписанной закономъ формой, и что—самое главное—коронный судъ, въ случаѣ надобности, всегда придастъ надлежащія гарантіи правильному его исполненію. Биржевой комитетъ или какая либо иная торговая организація, какъ не располагающіе необходимыми атрибутами судебной власти, не въ состояніи приводить приговоры третейскихъ судовъ въ исполненіе.

Въ интересахъ дѣла отнюдь не слѣдуетъ откладывать вопросъ объ общемъ пересмотрѣ дѣйствующаго законодательства о третейскихъ судахъ и добиваться какихъ либо отдѣльныхъ принудительныхъ нормъ, или особыхъ привилегій для арбитражныхъ комиссій, такъ какъ это неминуемо превратитъ ихъ въ профессиональные суды. Цѣнность существующихъ арбитражныхъ комиссій именно и заключается въ томъ, что онѣ всю свою силу и значеніе чер-

пають изъ свободнаго волеизъявленія сторонъ, а не изъ предписаній закона. Это обстоятельство должно имѣть важное значеніе при пересмотрѣ дѣйствующаго законодательства, поможетъ третейскимъ судамъ освободиться отъ административно-полицейскихъ путей, въ которомъ они находятся въ настоящее время, а главное—представить имъ надлежащее мѣсто въ системѣ международныхъ учрежденій подобнаго типа.

VII.

Отмѣна третейскаго приговора.

Австрійское законодательство устанавливаетъ особую недействительность третейскаго договора, если одна сторона принуждена была заключить его вслѣдствіе соглашенія членовъ какого-либо синдиката или картеля, по которому покупающей сторонѣ могутъ быть проданы на внутреннемъ рынкѣ необходимые для ея промышленнаго предпріятія предметы, инструменты и прочія вспомогательныя средства лишь подъ тѣмъ условіемъ, что она подчинится при возникновеніи спора по этимъ сдѣлкамъ биржевому третейскому суду.

Правило это было, какъ выше уже указано ¹⁾, введено въ виду вреднаго вліянія, оказываемаго соглашеніемъ картелей на кругъ ихъ покупателей, такъ какъ послѣдніе для полученія необходимыхъ имъ сырыхъ продуктовъ или полуфабрикатовъ для дальнѣйшей переработки, вынуждены были подписывать условія продажи съ оговоркой о подчиненіи биржевому третейскому суду. Въ видахъ огражденія предпринимателей отъ послѣдствій принудительнаго подчиненія юрисдикціи нежелательнаго для нихъ суда, эти третейскіе договоры признаны недействительными, а состоявшіеся приговоры по симъ договорамъ ничтожными. Къ сему надо добавить, что указывать на этотъ поводъ можетъ только промышленный предприниматель, покупатель, но не продавецъ, членъ картеля. Кромѣ сего, не допускается оспариваніе приговора, если продукты были проданы съ этимъ условіемъ за границу, такъ какъ законъ распространяется лишь на внутреннюю торговлю.

¹⁾ См. выше, стр. 216 и сл.

Другіе случаи ничтожности приговоровъ биржевыхъ третейскихъ судовъ уже извѣстны изъ предшествовавшаго изложенія, а именно:

1. Если составляющая объектъ спора товарная сдѣлка одной стороны, занимающейся сельскимъ хозяйствомъ, находится въ явномъ противорѣчій къ ея дѣятельности. Въ этомъ случаѣ биржевой третейскій судъ безусловно долженъ высказаться за невозможность разсмотрѣнія этого дѣла.

2. Если жалоба въ третейскій судъ была доставлена не по правиламъ устава, или если одна сторона, благодаря неправильнымъ дѣйствіямъ была лишена возможности выступить въ третейскомъ судѣ. Основной принципъ всякаго судопроизводства, въ томъ числѣ, разумѣется, и третейскаго, является право стороны давать объясненія въ судѣ.

3. Если въ судѣ выступаетъ лицо недѣеспособное по закону или на то стороною не уполномоченное.

4. Если отведенный на основаніи устава судья принималъ участіе въ судебномъ разборѣ дѣла.

5. Если при разбирательствѣ дѣла былъ незаконный составъ третейскаго суда, и

6. Если двери судебного засѣданія были закрыты безъ достаточныхъ къ тому основаній.

Въ австрійскомъ законодательствѣ поводы объявленія приговора биржевого третейскаго суда ничтожными перечислены исчерпывающимъ образомъ.

Жалобщикъ долженъ поддерживать тотъ поводъ, на основаніи котораго онъ требуетъ отмѣны приговора третейскаго суда и при оспариваніи доказать наличность такого повода, такъ какъ третейскій приговоръ, отмѣны котораго онъ добивается, самъ по себѣ дѣйствителенъ и сохраняетъ свою силу, пока не будетъ отмѣненъ.

Жалоба можетъ быть подана лишь на приговоръ, т. е. на окончательное сужденіе третейскаго суда, а не на «частное опредѣленіе», каковымъ, напримѣръ, является признаніе оспариваемой компетенціи. Это опредѣленіе не представляетъ окончательной резолюціи, а лишь отдѣльное дѣйствіе биржевого третейскаго суда, на каковое, по закону, не можетъ быть подано жалобы. Иначе обстоитъ дѣло, если биржевой третейскій судъ приговоромъ своимъ призналъ данное дѣло себѣ неподсуднымъ, такъ какъ тѣмъ самымъ

онъ пріостанавливаетъ дальнѣйшее производство, т. е. произносить окончательное рѣшеніе ¹⁾).

Жалоба подается въ тотъ коронный судъ, въ округѣ котораго находится биржевой третейскій судъ и притомъ въ теченіе 14 дней по полученіи третейскаго приговора. Этотъ 14 дневный срокъ не примѣняется, если третейскій приговоръ имѣетъ предметомъ сдѣлку, запрещенную уголовнымъ закономъ, или, если при постановленіи третейскаго приговора имѣлъ мѣсто явный обманъ.

Кассационную жалобу разрѣшаетъ коронный судъ по выслушаніи сторонъ, причемъ онъ можетъ для выясненія дѣла допросить старшину и секретаря третейскаго суда.

Вошедшій въ законную силу третейскій приговоръ можетъ быть приведенъ въ исполненіе. Кассационная жалоба не останавливаетъ исполненіе приговора; если же сторона, выигравшая дѣло, обезпечена исполненіемъ какого-либо дѣйствія или инымъ способомъ, или если проигравшее дѣло лицо внесетъ въ депозитъ суда присужденную съ него сумму, то, по просьбѣ послѣдняго, приведеніе приговора въ исполненіе пріостанавливается впредь до разрѣшенія кассационной жалобы.

Исполненіе приговора пріостанавливается тѣмъ судомъ, который дозволилъ приводить этотъ приговоръ въ исполненіе. Опрежденіе это можетъ быть обжаловано.

Вопросъ о томъ, имѣетъ ли отвѣтчикъ право взять обратно внесенную въ депозитъ сумму, въ австрійскомъ законодательствѣ не выясненъ, почему онъ и рѣшается различно теоріей и практикой. Съ одной стороны, за депонентомъ не признаютъ права брать обратно внесенную въ депозитъ сумму, въ виду того, что судъ, принявшій деньги и не имѣющій права отказаться отъ ихъ принятія, становится хранителемъ этой суммы для той стороны, для которой деньги были внесены, и что вопросъ, могутъ ли быть деньги выданы депоненту по его требованію, долженъ быть рѣшенъ обычнымъ судебнымъ порядкомъ. Съ другой стороны, за депонентомъ признаютъ право брать обратно внесенныя имъ деньги, пока истецъ не заявитъ ходатайство о выдачѣ ихъ ему, въ виду того, что самый фактъ внесенія денегъ въ депозитъ не дѣлаетъ еще истца ни ихъ владѣльцемъ, ни собственникомъ, такъ какъ при этомъ отсутствуютъ признаки, обуславливающіе возникновеніе права собствен-

¹⁾ Horovitz указ. соч., стр. 174.

ности или владѣнія; судъ же, принимая деньги, дѣйствуетъ лишь въ интересахъ должника и хранить сумму только по волѣ депонента для истца, а потому и не можетъ распоряжаться безъ согласія депонента этими деньгами, которыя остаются собственностью послѣдняго до момента передачи ихъ истцу ¹⁾).

Разсмотрѣніе кассационной жалобы можетъ быть отложено только въ томъ случаѣ, если права стороны выигравшей дѣло обезпечены другой стороной. Въ виду того, что такимъ обезпеченіемъ является также внесеніе денегъ въ депозитъ суда, надо признать болѣе правильнымъ, что деньги эти не могутъ быть взяты обратно до разрѣшенія кассационной жалобы, такъ какъ въ противномъ случаѣ, цѣль и назначеніе внесенія денегъ въ депозитъ были бы призрачны, а именно, оба эти момента при внесеніи денегъ въ депозитъ имѣютъ большое значеніе, ибо ими опредѣляется все правоотношеніе и онѣ составляютъ главную составную часть депозита. Принимая деньги на сохраненіе, коронный судъ исполняетъ одну изъ своихъ служебныхъ функцій и является секвестраторомъ; онъ хранитъ деньги для той стороны, въ пользу которой будетъ рѣшена кассационная жалоба и потому не въ правѣ выдать деньги отвѣтчику, пока кассационная жалоба не будетъ разсмотрѣна ²⁾).

Третейскій приговоръ въ Германіи имѣетъ дѣйствіе законнаго судебного приговора, т. е. не можетъ быть оспариваемъ обычными способами обжалованія. Однако, этотъ приговоръ всетаки можно устранить, т. е. сдѣлать его лишеннымъ дѣйствія вслѣдствіе опредѣленныхъ, предусмотрѣнныхъ закономъ основаній, какъ и законнаго судебного приговора, но въ болѣе широкихъ размѣрахъ.

Согласно § 1041 Z. P. O., это можетъ произойти троякимъ способомъ: 1) посредствомъ иска объ отмѣнѣ третейскаго приговора, т. е. установительнаго иска, при которомъ правовой интересъ какъ бы данъ закономъ, 2) путемъ возраженія противъ иска о выдачѣ исполнительнаго приказа, и 3) посредствомъ *replicatio* противъ основываемой на третейскомъ приговорѣ *exceptio* ³⁾).

Прежде всего, третейскій приговоръ подлежитъ оспариванію, если самое производство являлось недопустимымъ. Относительно того, что должно считать «недопустимостью» производства имѣются два различныхъ толкованія. Одно понимаетъ подъ этимъ

¹⁾ Horowitz указ. соч., стр. 179.

²⁾ Horowitz указ. соч., стр. 180.

³⁾ Naum указ. соч., стр. 99.

недопустимость разбирательства въ его цѣломъ, т. е. тѣ случаи, когда по спорному дѣлу, разрѣшенному приговоромъ третейскаго суда, не имѣлось законнаго третейскаго договора, или когда не были соблюдены установленные закономъ или третейскимъ соглашеніемъ правила объ образованіи третейскаго суда ¹⁾. По другому толкованію третейское производство надо считать недопустимымъ уже и въ томъ случаѣ, когда третейскіе судьи, нарушили существенныя правила разбирательства ²⁾.

По этому поводу Гафнеръ ³⁾ замѣчаетъ, что оставаясь на почвѣ закона нельзя доказать правильности ни того, ни другого толкованія, такъ какъ и въ этомъ вопросѣ необходимо считаться съ волей сторонъ, установившихъ третейскій договоръ. Если, напримѣръ, въ какомъ нибудь уставѣ третейскаго судопроизводства третейскому суду вмѣнено въ обязанность *веденіе устнаго* разбирательства, то въ глазахъ сторонъ разбирательство допустимо лишь въ томъ случаѣ, если соблюдено это условіе. Отсюда можно сдѣлать выводъ, что третейское разбирательство является во всякомъ случаѣ недопустимымъ тогда, когда имѣются нарушенія какихъ нибудь существенныхъ пунктовъ третейскаго соглашенія. Наоборотъ, несоблюденіе второстепенныхъ пунктовъ не дѣлаетъ—согласно волѣ сторонъ—третейскаго разбирательства недопустимымъ; несущественнымъ можно, напр., считать предписаніе устава третейскаго разбирательства о веденіи протокола. На ряду съ существенными пунктами третейскаго соглашенія ⁴⁾ должны быть поставлены и обязательныя для сторонъ и третейскихъ судей предписанія процессуальнаго кодекса; нарушеніе одного изъ такихъ предписаній точно также дѣлаетъ третейское разбирательство недопустимымъ ⁵⁾.

¹⁾ Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts, Leipzig 1885 т. I, стр. 576; Gaupp-Stein къ § 1041.

²⁾ Petersen-Anger къ § 1037.

³⁾ Haffner указ. соч., стр. 57.

⁴⁾ Нуссбаумъ поясняетъ это, говоря, что существенные или несущественные пункты третейскаго договора можно усмотрѣть не изъ буквальнаго содержанія, а изъ общихъ цѣлей и духа самого договора. См. Nussbaum указ. ст. въ Busch's Zeitschrift, стр. 284.

⁵⁾ Установить различіе между существенными и несущественными постановленіями закона нѣтъ возможности, потому что процессуальный кодексъ ограничивается самыми необходимыми предписаніями. См. Haffner указ. соч., стр. 18 и 58.

Такъ какъ, само собой разумѣется, что установленныя съ согласія сторонъ правила третейскаго разбирательства всегда могутъ быть, путемъ ли спеціального соглашенія сторонъ или даже молчаливо, лишены ихъ силы, то нельзя возбуждать впослѣдствіи вопроса о недопустимости разбирательства въ силу нарушеннаго соглашенія сторонъ, разъ сторона не опротестовала, хотя и имѣла возможность сдѣлать это. Что касается обязательныхъ предписаній процессуальнаго кодекса, то стороны не могутъ молчаливо, путемъ отказа отъ протеста при несоблюденіи этихъ предписаній, лишить ихъ силы. То обстоятельство, что въ разбирательствѣ дѣла принималъ участіе третейскій судья, который подлежалъ отводу, не можетъ служить возраженіемъ противъ третейскаго приговора, такъ какъ третейскій судья лишается права отправлять свои обязанности лишь послѣ законнаго отвода во время третейскаго разбирательства ¹⁾).

Третейскій приговоръ подлежитъ отмѣнѣ, если онъ присуждаетъ какую либо сторону къ такому дѣйствию, которое воспрещено. Это постановленіе, говоритъ Гайюмъ, ²⁾ обнимаетъ собою всѣ притязанія изъ *negotia turpia*, поскѣльку онѣ недопустимы по гражданскому праву. Колеръ ³⁾ поясняетъ, что запрещенными дѣйствіями являются также и такія, принужденіе къ которымъ противорѣчитъ запретительному закону. Приэтомъ нельзя, конечно, требовать, чтобы дѣло касалось лишь дѣйствія, воспрещеннаго уголовнымъ закономъ; достаточно, если запрещеніе опирается на гражданское или процессуальное право.

Въ качествѣ третьяго обстоятельства, препятствующаго изданію приказа объ исполненіи, является несогласное съ постановленіями закона представительство одной изъ сторонъ въ третейскомъ разбирательствѣ, если только та сторона не признала, хотя бы и молчаливо, правильности судопроизводства.

¹⁾ См. Haffner указ. соч., стр. 58. Согласно австрійскому законодательству составъ третейскаго суда является законнымъ тогда, когда онъ соотвѣтствуетъ правиламъ устава биржевого суда. Составъ суда, не соотвѣтствующій этимъ правиламъ, не можетъ быть одобренъ сторонами даже и въ томъ случаѣ, если онѣ первоначально изъявили согласіе на этотъ составъ.

²⁾ Hayum указ. соч., стр. 101.

³⁾ Kohler указ. соч. въ Gruchot's Beitr., т. XXXI, стр. 503.

Гайюмъ ¹⁾ относитъ это требованіе закона и на тотъ случай, когда сторона не была вызвана на третейское разбирательство и потому не могла явиться. Въ производствѣ предъ третейскимъ судомъ правда не требуется формальнаго вызова сторонъ, а предписывается лишь выслушать ихъ. Однако и при третейско-судебномъ производствѣ можетъ потребоваться формальный вызовъ, когда дѣло идетъ о предпріятіи судебного дѣйствія государственнымъ судомъ (напр., выслушаніе свидѣтелей, приводъ къ присяги и пр.).

Дальнѣйшимъ основаніемъ недействительности третейскаго приговора служить то обстоятельство, если которой либо сторонѣ не было предоставлено надлежащей возможности дать при разбирательствѣ свои объясненія.

О соблюденіи этого требованія можно судить лишь по обстановкѣ каждаго отдѣльнаго случая, а не по какимъ либо общимъ правиламъ. Уставы третейскаго разбирательства часто устанавливаютъ необходимость устнаго разбирательства. Но несмотря на это, третейскій судъ можетъ разсматривать дѣло и въ отсутствіи сторонъ, если, на посланное по правиламъ приглашеніе, онѣ почему либо не явились ²⁾.

Если во время устнаго разбирательства истецъ въ отсутствіи отвѣтчика измѣнитъ свой искъ ³⁾, то въ такомъ случаѣ отвѣтчику должна быть дана возможность еще разъ высказаться въ связи съ

¹⁾ Наум указ. соч., стр. 102.

²⁾ Простая неявка отвѣтчика еще не служитъ доказательствомъ того, что онъ не желаетъ подчиниться некомпетентному суду; напротивъ, судъ, во всякомъ случаѣ, долженъ войти въ обсужденіе своей компетентности. Отсутствующая сторона разсматривается какъ отвѣтчикъ, который признаетъ правильность фактовъ, приводимыхъ жалобщикомъ, но не вытекающія изъ этихъ фактовъ юридическія послѣдствія. Неявившійся отвѣтчикъ допускаетъ лишь то, что матеріальное притязаніе основательно, но не то, что данный судъ управомоченъ признать основательность этого права. Признаніе это онъ можетъ требовать отъ компетентнаго суда и даже въ случаѣ его неявки къ разбору дѣла предполагается, что онъ ставитъ это требованіе. Все, что отсюда вытекаетъ, а слѣдовательно и вопросъ о компетенціи, третейскій судъ долженъ провѣрить *ex officio* и установить, соотвѣтствуютъ ли заявленія жалобщика дѣйствительности, опровергають ли онѣ компетенцію или нѣтъ. Wach, Vorträge, стр. 137, см. у Harovitz'a указ. соч., стр. 167.

³⁾ По вопросу о допустимости измѣненія иска въ коронныхъ судахъ см. изслѣдованіе В. М. Гордона, Основаніе иска въ составѣ измѣненія исковыхъ требованій, Ярославль 1902.

новымъ положеніемъ дѣла. Дополненіе иска въ отсутствіи отвѣтчика можетъ быть разрѣшаемо постольку, поскольку этимъ дополненіемъ требованіе иска не слишкомъ расширяется, напримѣръ, увеличивается лишь на сумму процентовъ къ основному требованію.

Третейскій судъ, или его предсѣдатель, имѣютъ право удалить изъ залы засѣданія сторону, которая не подчиняется распоряженіямъ, дѣлаемымъ въ цѣляхъ соблюденія порядка, причемъ эта сторона лишается въ такомъ случаѣ возможности оспаривать впослѣдствіи приговоръ суда на томъ основаніи, что ей не было дано возможности дать свои разъясненія по дѣлу. Ни истецъ, ни отвѣтчикъ не имѣютъ права отсрочить одинъ изъ назначенныхъ третейскимъ судомъ сроковъ, но, по взаимному соглашенію, стороны могутъ пріостановить третейское разбирательство. Смерть одной изъ сторонъ или конкурсъ не вызываютъ перерыва производства, но третейскій судъ долженъ предоставить правопреемнику или предсѣдателю конкурса необходимое время для того, чтобы войти въ процессъ ¹⁾.

Третейскій приговоръ долженъ быть снабженъ мотивами, если стороны заранее не отказались отъ этого требованія. Въ этомъ отношеніи контроль короннаго суда долженъ выяснить, не ограничились ли третейскіе судьи постановкою простого, ничѣмъ не мотивированнаго приговора. Вопросъ о томъ, слѣдуетъ ли недостаточнымъ или противорѣчивымъ мотивамъ отказать въ ихъ признаніи, долженъ быть рѣшаемъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ. Само собою разумѣется, необходимо принять во вниманіе, что въ данномъ случаѣ мотивы составляются лицами не принадлежащими къ персоналу короннаго суда, а посему и требованія въ мотивировкѣ третейскаго приговора должны быть иныя ²⁾. Имперскій судъ признаетъ достаточной такую, часто встрѣчающуюся, мотивировку: «истецъ далъ обоснованія своему иску, отвѣтчикъ не возражалъ» ³⁾.

Наконецъ третейскій приговоръ можетъ быть признанъ ничтожнымъ, когда имѣетъ мѣсто реституціонный искъ, согласно п.п. 1—6 § 580 Z. P. O., т. е., когда третейскій приговоръ былъ вынесенъ вслѣдствіе опредѣленныхъ преступныхъ вліяній, или когда открываются новыя обстоятельства въ дѣлѣ.

¹⁾ Haffner указ. соч., стр. 60.

²⁾ Naum указ. соч., стр. 104.

³⁾ Haffner указ. соч., стр., 60.

Помимо причинъ, указанныхъ въ § 1041, въ выдачѣ приказа объ исполненіи должно быть отказано и тогда, когда отвѣтчикъ докажетъ, что онъ исполнилъ послѣ постановленія третейскаго приговора то, къ чему онъ былъ присужденъ третейскимъ судомъ.

Затѣмъ, стороны могутъ лишить третейскій приговоръ силы путемъ особаго договора и отвѣтчикъ можетъ представить возраженіе противъ ходатайства объ исполненіи приговора, основываясь на такомъ договорѣ.

Наконецъ, на обязанности суда всегда лежитъ слѣдить за тѣмъ, имѣется ли на лицо третейскій приговоръ, какимъ онъ долженъ быть по § 1040, т. е., правильно ли подписанъ третейскій приговоръ, доставленъ ли онъ сторонамъ и положенъ ли на хранение ¹⁾).

За исключеніемъ разобранныхъ случаевъ, коронный судъ не имѣетъ права какимъ-либо образомъ контролировать третейскій приговоръ. Слѣдуетъ также упомянуть, что въ ходатайствѣ объ исполненіи не можетъ быть отказано на томъ якобы основаніи, что коронный судъ считаетъ третейскій приговоръ ошибочнымъ; не можетъ точно также коронный судъ и самъ вносить какія-нибудь поправки въ третейскій приговоръ.

Послѣ изданія приказа объ исполненіи, ходатайство объ отмѣнѣ третейскаго приговора можетъ быть возбуждено лишь въ томъ случаѣ, когда будетъ доказано, что отвѣтчикъ, безъ вины съ его стороны, былъ не въ состояніи представить поводы для отмѣны рѣшенія въ предыдущей стадіи процесса (§ 1043). Ходатайство должно быть возбуждено въ теченіе мѣсячнаго срока съ момента, когда стало извѣстно основаніе для отмѣны приговора (§ 1044).

Германскій Z. P. O. сначала регулируетъ искъ объ отмѣнѣ третейскаго приговора въ § 1041, а затѣмъ, при нормировкѣ иска объ исполненіи ссылается на этотъ же параграфъ, коимъ устанавливается, что приговоръ объ исполненіи не можетъ быть вынесенъ, если есть на лицо основаніе для отмѣны третейскаго приговора. Нуссбаумъ возстаетъ противъ такого порядка и находитъ его противорѣчащимъ фактическимъ условіямъ ²⁾. Искъ объ отмѣнѣ третейскаго приговора вообще не играетъ въ практикѣ какой либо

¹⁾ Haffner указ. соч. стр. 61.

²⁾ Nussbaum указ. ст. въ Busch's Zeitschrift, т. XLII, стр. 280 и сл.

замѣтной роли. Это объясняется, главнымъ образомъ, тѣмъ, что Z. P. O. конструируетъ искъ объ отмѣнѣ, какъ искъ конститутивный. Законъ исходитъ изъ того положенія, что подлежащій отмѣнѣ третейскій приговоръ прежде всего образуетъ законную силу и онъ можетъ быть уничтоженъ лишь посредствомъ новаго приговора. Но эта конструкція, говоритъ Нуссбаумъ, лишена внутренняго основанія, потому что, такъ называемая, формальная незыблемость права, которую современное право принципиально признаетъ даже за неправильнымъ рѣшеніемъ короннаго суда, тѣсно связана съ авторитетнымъ положеніемъ государственнаго судьи, дѣятельность же третейскихъ судей основывается на волѣ сторонъ; ихъ правовой основой являются частно-правовыя отношенія—*гесертум* и *compromissum*. Такимъ образомъ, правовыя дѣйствія третейскаго судьи должны подлежать разсмотрѣнію съ частно-правовой точки зрѣнія, и поэтому, при наличности существенныхъ недостатковъ, они также ничтожны, какъ и всякія другія частныя правовыя дѣйствія. Это руководило составителями Z. P. O. и въ мотивахъ къ нему спеціально указано, что третейскій приговоръ заимствуетъ свою силу не отъ авторитета установленнаго государствомъ суда, а отъ того, соотвѣтствуетъ ли третейскій договоръ закону, а судебное-третейское производство—волѣ сторонъ и дополнительнымъ нормамъ настоящаго закона. Однако, по мнѣнію Нуссбаума, составители проекта не буквально выразили это воззрѣніе. Ходу мысли мотивовъ скорѣе соотвѣтствуетъ связать возникновеніе законной силы съ отсутствіемъ на лицо основаній отмѣны. Другими словами, отрицательныя основанія отмѣны должны быть превращены въ положительныя предположенія возникновенія законной силы. Цѣлесообразность этой метаморфозы доказывается уже тѣмъ, что такимъ образомъ отрицательная форма текста закона сама собою перейдетъ въ утвердительную. При этомъ иски, какъ объ исполненіи, такъ и объ отмѣнѣ, примутъ другія болѣе простыя формы.

Согласно предложенію Нуссбаума, каждый законосильный третейскій приговоръ долженъ быть объявленъ исполнимымъ, если не предъявлено иска противъ его исполнимости. Особый искъ объ отмѣнѣ приговора, какъ его теперь понимаютъ, дѣлается излишнимъ. Достаточно общаго негативнаго устанавливающаго иска о томъ, что законосильнаго третейскаго приговора не существуетъ между сторонами.

Если приговоръ третейскаго судьи отмѣняется короннымъ судомъ, то, по господствующему воззрѣнію, новое разбирательство

неподсудно третейскому суду, исключая тѣхъ случаевъ, когда въ третейскомъ договорѣ установлена на этотъ случай неподсудность третейскому суду, или когда отмѣна приговора послѣдовала вслѣдствіе неисполненія формальныхъ предписаній § 1039. Имперскій судъ обосновываетъ это положеніе тѣмъ соображеніемъ, что своимъ приговоромъ третейскіе судьи желали дать и дали окончательное разрѣшеніе спора ¹⁾. Но не надо забывать, что въ вопросѣ о компетентности третейскаго суда на первомъ планѣ должна стоять не воля третейскихъ судей, а воля сторонъ.

Заключеніемъ третейскаго договора стороны изъявляютъ свою волю, чтобы уже существующій, или могущій еще только возникнуть, споръ былъ рѣшенъ третейскимъ судомъ. До тѣхъ поръ, пока не постановленъ приговоръ, имѣющій юридическую силу, споръ не рѣшенъ, а слѣдовательно, третейскій договоръ еще въ силѣ. Если приговоръ третейскаго суда отмѣняется и эта отмѣна не основана на недѣйствительности третейскаго соглашенія, то *этимъ уничтожается лишь третейскій приговоръ, а не третейскій договоръ*. Но разъ послѣдній существуетъ, долженъ быть постановленъ и приговоръ, согласно выраженной въ этомъ договорѣ волѣ сторонъ.

Если два купца, говоритъ Гафнеръ ²⁾, устанавливаютъ для себя компетенцію постоянного третейскаго суда, то само собою разумѣется, что они желаютъ получить отъ этого суда такое рѣшеніе, которое фактически могло бы имѣть своимъ послѣдствіемъ принудительное исполненіе приговора; цѣль ихъ заключается въ томъ, чтобы совершенно исключить компетенцію короннаго суда. Поэтому компетенція постоянного третейскаго суда сохраняется для новаго разбирательства съ новымъ приговоромъ, разъ первый приговоръ былъ отмѣненъ. То же самое имѣетъ мѣсто и въ случаѣ, когда коронный судъ не отмѣняетъ, правда, формально, третейскаго приговора, но отказываетъ по одному изъ перечисленныхъ въ § 1041 основаній въ приказѣ объ исполненіи; ибо и въ этомъ случаѣ цѣль третейскаго договора еще не достигнута.

Англійскій актъ объ арбитраціи 1889 г. разрѣшаетъ коронному суду возвращать дѣло третейскимъ судьямъ для новаго разсмотрѣнія причемъ первоначальный договоръ считается несостоявшимся. Основаніемъ для отмѣны приговора могутъ быть: 1) отсут-

¹⁾ См. Haffner указ. соч., стр. 54.

²⁾ Haffner указ. соч., стр. 56.

ствіе какого-либо условія, предусмотрѣннаго соглашеніемъ сторонъ, требующагося для дѣйствительности приговора и 2) наличность нарушенія принудительной нормы закона ¹⁾).

Коронный судъ можетъ отмѣнить приговоръ третейскаго суда, по предложенію одной изъ сторонъ, если арбитръ или суперъ-арбитръ вели себя предосудительно. Такое поведеніе судей должно быть доказано точнымъ образомъ ²⁾).

¹⁾ См. Lynch указ. соч. § 115 и сл.

²⁾ Во время производства арбитражнаго разбирательства дѣла, послѣ послѣдняго засѣданія, оба арбитра, суперъ-арбитръ и повѣренный В. (одной изъ сторонъ) обѣдали съ В. по его приглашенію. Суперъ-арбитръ впослѣдствіи постановилъ приговоръ въ пользу В. Это является неправильнымъ образомъ дѣйствій, но не имѣетъ достаточныхъ основаній для отмѣны приговора, или отказа въ приведеніи его въ исполненіе, такъ какъ нельзя было, повидимому, заключить, чтобы имѣлось намѣреніе подкупить суперъ-арбитра или оказать на него вліяніе. См. Lynch указ. соч., § 119.

VIII.

Иностранный третейскій приговоръ.

Подъ иностраннымъ третейскимъ приговоромъ почти всегда понимаютъ такой приговоръ, который былъ вынесенъ за границей ¹⁾. Но это опредѣленіе не точно. Въ данномъ случаѣ не должно приниматься во вниманіе ни мѣсто вынесенія приговора, ни подданство лицъ, участвующихъ въ третейскомъ договорѣ ²⁾. Стороны могутъ быть различнаго подданства, мѣсто — можетъ быть случайнымъ, напримѣръ, желѣзнодорожное купе или океанскій пароходъ. Алтенратъ ³⁾ опредѣляетъ, поэтому, иностранный третейскій приговоръ, какъ состоявшійся подъ вліяніемъ иностраннаго, а не туземнаго права. Болѣе удачное опредѣленіе даютъ Колеръ и Гегеръ ⁴⁾. Третейскій приговоръ, говорятъ они, является иностраннымъ или туземнымъ въ зависимости отъ того, какой судъ былъ бы компетентенъ для рѣшенія спора, если бы стороны не заключили третейскаго договора. Если устраненный коронный судъ будетъ германскій, то третейскій приговоръ будетъ для Германіи отечественнымъ; если же этотъ судъ не германскій, то и третейскій приговоръ будетъ для этого государства иностраннымъ.

Юридическая сила иностраннаго третейскаго приговора, если въ данномъ государствѣ нѣтъ особыхъ законовъ по этому предмету, опредѣляется прежде всего нормами международного гражданскаго права. Кромѣ сего, при разсмотрѣніи вопроса о возмож-

¹⁾ Kohler, Gesammelte Beiträge zum Zivilprozess стр. 189, Wach, Handbuch, т. I, стр. 249 и сл.

²⁾ Wadlinger, Die Zwangsvollstreckung ausländischer Schiedsprüche nach der Reichscivilprozessordnung, München 1896, стр. 22 и сл.

³⁾ Altenrath указ. соч., стр. 47 и сл.

⁴⁾ Haeger указ. соч., стр. 74; Kohler, Gesammelte Beiträge zum Zivilproz. Стр. 188, 488.

ности исполненія третейскаго приговора, какъ и при всѣхъ исполнительныхъ дѣйствіяхъ по обязательствамъ, слѣдуетъ сообразоваться съ особыми постановленіями государства, въ которомъ приговоръ приводится въ исполненіе; ибо исполненіе зависитъ ни отъ третейскаго, ни отъ мѣстнаго короннаго суда, а нуждается въ утвержденіи государственной власти ¹⁾).

Разрѣшая исполненіе, иностранная держава, какъ носительница государственной власти, должна признать третейскій приговоръ достаточно обоснованнымъ для принудительнаго его исполненія. Условія этого признанія зависятъ отъ судебныхъ порядковъ того государства, въ которомъ приговоръ приводится въ исполненіе, такъ какъ въ интересахъ публичнаго права могутъ быть установлены извѣстныя общія границы, внѣ которыхъ третейскій договоръ, или основанный на немъ приговоръ теряютъ свою юридическую силу.

Въ большинствѣ государствъ къ третейскому приговору относятся какъ къ договору сторонъ, а не какъ къ авторитетному акту государства или къ судебному его рѣшенію; третейскій договоръ и основанный на немъ приговоръ дѣйствуетъ исключительно *vi contractu*, а не *vi sua* ²⁾. А такъ какъ частные договоры должны, въ силу общепризнанныхъ принциповъ международнаго права, защищаться и иностранными судами, то отсюда вытекаетъ важное положеніе, что приговоры туземныхъ третейскихъ судовъ должны быть признаваемы и за границею и наоборотъ, иностранные третейскіе приговоры—въ предѣлахъ всякаго государства ³⁾.

Всѣ условія, требуемыя для дѣйствительности, содержанія и объема обязательствъ опредѣляются волей сторонъ, а посему дѣйствительность и значеніе третейскаго договора зависитъ отъ законовъ того мѣста, гдѣ договоръ долженъ получить свое осуществленіе. Поэтому, при обсужденіи вопроса о дѣйствительности и зна-

¹⁾ См. Horovitz указ. соч., стр. 228; Bar, *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, Hannover 1889, т. II, стр. 461; ср. также Haeger указ. соч., стр. 64.

²⁾ Horovitz указ. соч., стр. 229; Колеръ стоитъ на той точкѣ зрѣнія, что третейскій приговоръ хотя и покоится на договорѣ, но является вытекающимъ изъ него самостоятельнымъ и самостоятельно развивающимся правовымъ дѣйствіемъ, см. его *Gesam. Beiträge*, стр. 189. Иначе Альтенратъ, какъ защитникъ теоріи публично-правового характера третейскаго договора, см. его указ. соч., стр. 50 и сл.

³⁾ Kohler, *Gesammelte Beiträge*, стр. 190; Haeger указ. соч., стр. 58.

ченіи третейскаго договора должны быть примѣнены законы той страны, юрисдикція которой устраняется этимъ договоромъ ¹⁾.

Принудительное исполненіе третейскихъ приговоровъ производится или на основаніи существующихъ международныхъ договоровъ, или предписаній туземнаго законодательства, относящихся къ рѣшеніямъ иностранныхъ коронныхъ судовъ, или по нормамъ, изданнымъ спеціально для иностранныхъ третейскихъ приговоровъ, или, наконецъ, на основаніи особаго иска, въ которомъ стороны ходатайствуютъ объ исполненіи приговора, постановленнаго согласно третейскому договору.

При отсутствіи особаго международного договора или спеціальныхъ нормъ въ мѣстонахожденіи суда исполняющаго приговоръ, послѣдній можетъ быть приведенъ въ исполненіе лишь на основаніи особаго приказа иностраннаго короннаго суда объ исполненіи.

Иностранный третейскій приговоръ самъ по себѣ имѣетъ обязательную силу, но онъ не обладаетъ процессуальной исполнимостью, которая можетъ быть ему сообщена только подлежащими туземными государственными учрежденіями.

Исполненіе третейскаго приговора за границей обусловливается отсутствіемъ сомнѣнія у короннаго суда въ компетентности третейскаго суда на постановленіе приговора, или устраненіемъ этого сомнѣнія лицомъ, ходатайствующимъ объ исполненіи; кромѣ сего, требуется, чтобы содержаніе третейскаго приговора не противорѣчило публично-правовымъ нормамъ (*jus publicum*) въ мѣстѣ исполненія приговора, чтобы была на лицо активная и пассивная легитимация сторонъ, чтобы наступилъ срокъ исполненія приговора, чтобы способъ исполненія былъ дозволенъ и на данное имущество могло быть обращено взысканіе, и чтобы приговоръ не принуждалъ отвѣтчика къ невозможному или недозволенному закономъ дѣйствію ²⁾.

Третейскій приговоръ предполагается неоспоримымъ въ смыслѣ матеріальныхъ притязаній сторонъ, но наличность формальныхъ условій дѣйствительности третейскаго приговора должна быть во всякомъ случаѣ провѣрена короннымъ судомъ *ex officio*.

Компетенція третейскаго суда считается установленной, если

¹⁾ Kohler, *Gesammelte Beiträge zum Z. P.* стр. 188. См. Horovitz, указ соч., стр. 229.

²⁾ Horovitz указ. соч., стр. 231 и сл.; Ваг указ. соч., стр. 480.

по существующимъ законамъ въ мѣстѣ заключенія соглашенія третейскій договоръ служитъ законнымъ основаніемъ компетентности третейскаго суда. Если отвѣтчикъ не заявилъ о некомпетентности суда въ судебномъ засѣданіи, то онъ тѣмъ самымъ, по международнымъ правиламъ, призналъ компетентность суда и утратилъ право на какое бы то ни было возраженіе противъ компетентности третейскаго суда ¹⁾. Въ противномъ случаѣ, это нарушало бы довѣріе въ международныхъ правовыхъ отношеніяхъ, если бы за стороною, невозражающей противъ компетентности суда и доводящей дѣло до вынесенія приговора, признавалось право ссылаться впослѣдствіи при исполненіи приговора на некомпетентность постановившаго приговоръ суда. Но если отвѣтчикъ заявилъ въ третейскомъ судѣ объ его некомпетентности, а судъ призналъ это заявленіе неправильнымъ, то суду, приводящему въ исполненіе приговоръ, надлежитъ провѣрить, на законномъ ли основаніи третейскій судъ принялъ къ своему разсмотрѣнію дѣло, а именно, дѣйствительно ли вытекала изъ фактовъ, на которые опиралось постановленіе суда, его компетентность.

Установленные въ третейскомъ приговорѣ факты провѣряются (если только третейскіе приговоры вообще исполняются) не въ отношеніи ихъ доказательной силы, но лишь для выясненія того, вытекаетъ ли изъ нихъ подсудность дѣла данному третейскому суду ²⁾. При провѣркѣ фактовъ, на которыхъ основана компетентность даннаго третейскаго суда, судъ приводящій приговоръ въ исполненіе ограничивается разсмотрѣніемъ обстоятельствъ, указанныхъ стороною при разборѣ дѣла въ третейскомъ судѣ и устраняетъ приведеніе новыхъ фактовъ въ подтвержденіе компетентности третейскаго суда, такъ какъ сторона, не вполнѣ отстаившая свои права въ третейскомъ судѣ, не можетъ уже исправить это упущеніе въ исполняющемъ приговоръ судѣ. Этимъ, конечно, не исключается возможность того, что приводящій въ исполненіе судъ разсмотритъ и признаетъ важными и имѣющими рѣшающее значеніе такія обстоятельства, которыя третейскій судъ при установленіи своей компетентности счелъ несущественными или же совершенно оставилъ безъ вниманія. Во всякомъ случаѣ, если заявленіе о некомпетент-

¹⁾ Horowitz указ. соч., стр. 232; Bar указ. соч., стр. 469.

²⁾ Wach указ. соч., стр. 225.

ности не было сдѣлано, то отъ этого третейскій судъ еще не становится компетентнымъ ¹⁾).

Рядомъ съ матеріальными послѣдствіями иностраннаго третейскаго приговора, которыя должны обсуждаться на основѣ иностраннаго права, для принудительнаго исполненія важны еще опредѣленія процессуально-административныя, т. е. тѣ условія, при наличности которыхъ государство можетъ и должно исполнять иностранные третейскіе приговоры. Здѣсь безспорно имѣютъ рѣшающее значеніе тѣ нормы, которыя установлены государствомъ спеціально для исполненія иностранныхъ третейскихъ рѣшеній ²⁾).

Необходимо отмѣтить, что при разсмотрѣніи этого вопроса имѣется въ виду исполненіе только основанныхъ на частномъ соглашеніи третейскихъ приговоровъ, а не исполненіе приговоровъ, постановленныхъ *обязательными* третейскими судами.

Если третейскій судъ назначенъ нормами закона или правительственной властью для опредѣленной категоріи юридическихъ отношеній съ тѣмъ, чтобы всѣ споры, возникающіе изъ этихъ отношеній между контрагентами, по закону разбирались третейскимъ судомъ, т. е. если процессуальный законъ передаетъ рѣшеніе дѣлъ третейскимъ судьямъ и обязываетъ стороны подчиниться ихъ приговору, то этотъ приговоръ по международному праву разсматривается какъ рѣшеніе короннаго суда. Такого рода обязательнымъ третейскимъ судамъ компетенція и право разрѣшать споры передаются самимъ государствомъ, а не волею сторонъ ³⁾).

Сомнѣнія могутъ возникать относительно такихъ третейскихъ рѣшеній, гдѣ стороны не могли придти къ соглашенію въ вопросѣ объ избраніи третейскихъ судей и послѣдніе были выбраны короннымъ иностраннымъ судьей въ порядкѣ, указанномъ соотвѣтственнымъ процессуальнымъ иностраннымъ закономъ.

Рядъ авторовъ ⁴⁾ придерживается того взгляда, что третейское

¹⁾ Kohler, Gesammelte Beiträge zum Z. P., стр. 75. См. Horovitz указ. соч., стр. 234.

²⁾ См. Haeger указ. соч., стр. 76 и сл.

³⁾ Bar, Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts, т. II, стр. 538. См. Horovitz указ. соч., стр. 236.

⁴⁾ Гайюмъ высказываетъ то положеніе, чтобы судебно-третейское производство было чисто частнымъ производствомъ, въ которое не вмѣшивалась бы судебная власть (Haum указ. соч., стр. 6). Если какимъ-либо образомъ вмѣшательство произошло, то все дальнѣйшее нужно разсматривать, какъ слѣдствіе авторитетнаго вмѣшательства государственной власти. Bar, Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts, стр. 539. См. Haeger указ. соч., стр. 76 и сл.

рѣшеніе не вытекаетъ здѣсь изъ договора сторонъ, а основывается въ то же время на авторитетѣ иностранной власти, назначившей третейскаго судью; эта власть навязываетъ сторонамъ своего третейскаго судью и тѣмъ вліяетъ на самое рѣшеніе, ибо, быть можетъ именно третейскій судья, избранный короннымъ судьей, оказалъ рѣшающее вліяніе на характеръ и содержаніе приговора. Поэтому, такой третейскій приговоръ можетъ подлежать исполненію лишь при наличности тѣхъ же условій, какъ и иностранное судебное рѣшеніе.

Это остается примѣнимымъ, по мнѣнію указанныхъ авторовъ, и къ тому случаю, когда коронный судья избираетъ третейскаго судью даже и тогда, когда въ законѣ нѣтъ на этотъ предметъ прямого указанія.

Противъ этихъ соображеній возражаетъ Гегеръ ¹⁾. Можно согласиться, говоритъ онъ, что именно тотъ третейскій судья, который указанъ короннымъ судьей, способенъ оказать рѣшающее вліяніе на содержаніе третейскаго приговора, и что безъ его содѣйствія рѣшеніе, быть можетъ, состоялось бы въ иномъ направленіи. Но это очень трудно доказать въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, а поскольку это оказалось бы доказуемымъ, количество такихъ рѣшеній, надо думать, будетъ весьма незначительно. И въ виду этихъ крайне немногочисленныхъ случаевъ, было бы нецѣлесообразно а priori разсматривать какъ государственные акты и тѣ третейскіе приговоры, въ которыхъ участіе третейскаго судьи, избраннаго короннымъ судомъ, ничего не измѣнило, въ которыхъ, стало быть, доминирующее значеніе имѣлъ голосъ не этого третейскаго судьи, а третейскихъ судей, избранныхъ безъ всякаго участія государственной власти. Разсматриваемую мотивировку можно, такимъ образомъ, признать пріемлемой лишь для тѣхъ случаевъ, гдѣ рѣшающее значеніе именно того третейскаго судьи, который былъ избранъ короннымъ судьей, будетъ точно доказано; а такъ какъ доказать это по общему правилу невозможно, то и разсматриваемое возрѣніе должно быть отвергнуто для всѣхъ третейскихъ приговоровъ.

Противъ указаннаго мнѣнія говорятъ еще и другіе доводы. Совершенно безспорно, что отъ свободнаго усмотрѣнія самихъ сторонъ зависитъ—предпочитаютъ ли онѣ сами избрать третей-

¹⁾ Haeger указ. соч., стр. 77 и сл.

скаго судью, или же предоставить избраніе третьимъ лицамъ, и нѣтъ никакой необходимости, чтобы эти третьи лица были непременно частными лицами; назначеніе третейскаго судьи можетъ быть предоставлено и государственнымъ должностнымъ лицамъ, въ томъ числѣ короннымъ судьямъ ¹⁾. Послѣдніе, исполняя возложенное на нихъ порученіе, дѣйствуютъ здѣсь не въ силу своихъ обязанностей, возложенныхъ на нихъ государствомъ, а въ силу частнаго договора. Содѣйствіе ихъ, очевидно, не превращаетъ третейскій приговоръ въ актъ государственной власти.

Къ тому же заключенію приходитъ Гегеръ и въ томъ случаѣ, когда коронный судья назначаетъ третейскаго судью не въ силу частнаго третейскаго договора, а въ силу категорическаго указанія закона. Ибо рѣшающее значеніе имѣетъ для третейскаго договора право того государства, суды котораго устранены третейскимъ соглашеніемъ отъ разрѣшенія дѣла, и стороны должны считаться съ тѣми опредѣленіями мѣстнаго закона, которыми нормируется избраніе третейскихъ судей. И если, при заключеніи третейскаго договора, имъ было извѣстно, что въ силу закона третейскій судья при наличности опредѣленныхъ условій назначается короннымъ судомъ, то эти договаривающіяся лица, не выбравъ сами третейскихъ судей, тѣмъ самымъ молчаливо подчинились соотвѣтственнымъ указаніямъ закона. А если послѣдній имъ не былъ извѣстенъ, то примѣненіе его все же требуется международнымъ частнымъ правомъ, которое нормируетъ силу и значеніе ихъ договора и которому они, безъ сомнѣнія, подчинились, не введя въ договоръ противоположнаго соглашенія.

Такимъ образомъ, третейскій судья дѣйствуетъ и здѣсь въ силу молчаливо выраженной въ третейскомъ договорѣ воли сторонъ, совершенно такъ же, какъ если бы соотвѣтственный порядокъ былъ установленъ не закономъ, а категорически выраженнымъ соглашеніемъ контрагентовъ.

Если, затѣмъ, коронный судья назначаетъ, въ силу соглашения сторонъ, правда, санкціонированнаго государствомъ, третейскаго судью, то это не есть актъ правосудія, рѣшеніе государственнаго суда; коронный судья является здѣсь не представителемъ государственнаго авторитета, а только инстанціей, предназначенной государствомъ къ тому, чтобы проложить путь къ осуществленію част-

¹⁾ По австрійскому законодательству это категорически воспрещено.

ной воли сторонъ, лишь несовершенно выраженной въ третейскомъ договорѣ.

И подобно тому, какъ самъ коронный судья дѣйствуетъ здѣсь не въ силу государственнаго авторитета, совершенно такъ же и назначенный имъ третейскій судья не получаетъ въ силу этого назначенія какой-либо публичной власти. Онъ остается частнымъ судьей, какъ если бы онъ былъ выбранъ самими сторонами или третьимъ частнымъ лицомъ. Дѣятельность его совершенно свободна, онъ принимаетъ и осуществляетъ ее по своему усмотрѣнію, не вступая въ какое бы то ни было правоотношеніе къ государству.

Представляется, поэтому, совершенно безразличнымъ, заключаетъ Гегеръ¹⁾, были ли третейскіе судьи призваны къ отправленію ихъ должности самими сторонами, или же при содѣйствіи короннаго судьи.

Въ Англіи и Сѣверной Америкѣ, гдѣ примѣняются основные принципы англійскаго права, исполненіе приговоровъ иностранныхъ третейскихъ судовъ считается само собою подразумѣвающимся, причемъ даже вообще не упоминается о принципѣ взаимности²⁾ Приговоры иностранныхъ судовъ, вошедшіе въ законную силу, признаются окончательными для даннаго спорнаго дѣла; поданное въ англійскій коронный судъ прошеніе разсматривается безотносительно къ первоначальному договору сторонъ и ихъ юридическимъ отношеніямъ, которыя совершенно игнорируются, и принимается во вниманіе состоявшійся уже приговоръ. Въ данномъ случаѣ руководящимъ соображеніемъ служитъ то обстоятельство, что англійскій судья обязанъ поддерживать всякое законно пріобрѣтенное право и всякій договоръ, гдѣ бы онъ ни былъ заключенъ³⁾.

Такимъ образомъ, иностранный приговоръ считается имѣющимъ юридическую силу, причемъ отвѣтчику предоставляется доказать въ англійскомъ судѣ его недѣйствительность. Принципы, которыми руководствуются англійскіе суды при разсмотрѣніи вопроса объ исполнимости иностраннаго приговора, составляютъ по англійскимъ воззрѣніямъ часть *common law* (*lex non scripta*), который живетъ только въ правосознаніи англійскихъ судей и осно-

1) Haeger указ. соч., стр. 79.

2) Horovitz указ. соч., стр. 274; Bar указ. соч., стр. 519.

3) Horovitz указ. соч., стр. 285; Pigott, *Foreign judgments*, т. I, стр. 44.

ванъ на всѣмъ признанномъ взглядѣ, что теорія права обладаетъ такой же силой, какъ и положительное право¹⁾.

Для приведенія въ исполненіе приговора требуется подать прошеніе въ судъ съ указаніемъ на притязаніе, лежащее въ основаніи приговора, причемъ должны быть на лицо нижеслѣдующія необходимыя условія: 1) судья, рѣшившій дѣло, долженъ быть, по международнымъ понятіямъ, компетентенъ на это, 2) рѣшеніе не должно быть постановленнымъ вслѣдствіе обмана истца, и чтобы это рѣшеніе не было явно несправедливо, 3) отвѣтчикъ имѣлъ бы возможность дать на судѣ устные объясненія и 4) исполненіе приговора не должно противорѣчить политикѣ и добрымъ нравамъ, охраняемымъ англійскимъ закономъ, т. е., чтобы оно соотвѣтствовало основнымъ принципамъ англійскаго права.

Только эти возраженія должны быть приняты во вниманіе англійскимъ судомъ, обстоятельства же, относящіяся къ самому спору, уже разрѣшенному иностраннымъ судомъ, не подлежатъ разсмотрѣнію англійскаго суда²⁾.

Условія для исполненія иностраннаго третейскаго приговора въ Германіи нормируются § 1042 Z. P. O., согласно которому приговоръ приводится въ исполненіе послѣ того, какъ коронный судъ установитъ возможность такого исполненія, т. е. соотвѣтствуетъ ли приговоръ требованіямъ § 1039 Z. P. O.

Это правило примѣняется ко всѣмъ безъ исключенія иностраннымъ третейскимъ приговорамъ.

Судъ, которому подано прошеніе объ исполненіи приговора, не обязанъ провѣрять правильности приговора ни въ его основаніи, ни въ его составныхъ частяхъ, ни съ формальной стороны, ни со стороны оцѣнки доказательствъ. Слѣдовательно, германскій судъ не обязанъ провѣрять, вытекаетъ ли приговоръ, напримѣръ, австрійскаго биржевого третейскаго суда изъ обстоятельствъ дѣла и были ли при постановленіи приговора соблюдены всѣ требуемыя биржевымъ уставомъ формальности, такъ какъ нарушеніе обязательныхъ нормъ биржевого устава влечетъ за собою подачу прошенія объ отмѣнѣ въ районѣ дѣйствія австрійскаго права, но не въ Германіи, и заявленіе о недействительности приговора въ виду нарушенія обязательныхъ нормъ закона, оставленія безъ разсмотрѣнія

1) Pigott указ. соч., т. I, стр. 8. См. у Horovitz'a указ. соч., стр. 275.

2) Horovitz указ. соч., стр. 277.

или неправильнаго толкованія возраженія объ игрѣ или пари, должно быть подано въ подлежащій австрійскій судъ. Опрежденіе объ исполненіи третейскаго приговора составляется безъ провѣрки вопроса о томъ, постановилъ ли австрійскій биржевой третейскій судъ приговоръ съ соблюденіемъ нормъ устава, и вообще правиленъ ли онъ съ матеріальной стороны ¹⁾).

Требуется лишь, чтобы не было поводовъ къ отмѣнѣ приговора, перечисленныхъ въ § 1041 Z. P. O.

Германская судебная практика, съ одной стороны, полагаетъ справедливымъ, чтобы при провѣркѣ возможности исполненія иностраннаго третейскаго приговора примѣнялись нормы германскаго права и опредѣлялись условія, при которыхъ третейское рѣшеніе можетъ составить основаніе для принудительнаго исполненія въ Германіи, а съ другой — признаетъ несовмѣстимымъ съ принципами международнаго гражданскаго права (которыми прежде всего регулируется юридическая сила иностраннаго третейскаго приговора), чтобы третейскій приговоръ не имѣлъ законной силы въ Германіи только потому, что онъ не удовлетворяетъ требованіямъ германскаго Z. P. O. ²⁾).

Спорнымъ является вопросъ, могутъ ли быть сдѣланы при исполненіи третейскаго приговора возраженія противъ самаго иска, если возраженія эти возникли не до, а послѣ постановленія приговора третейскаго суда ³⁾. Одни комментаторы не признаютъ значенія такихъ возраженій, такъ какъ они хотя и возникли лишь впослѣдствіи, но все же являются возраженіями противъ иска, что неминуемо должно повести къ пересмотру третейскаго приговора, фактическихъ обстоятельствъ дѣла и примѣненныхъ законовъ, что прямо запрещается § 723 Z. P. O. ⁴⁾. Другіе же авторы полагаютъ, что возраженія отвѣтника послѣ рѣшенія дѣла должны быть приняты во вниманіе при разсмотрѣніи прошенія объ исполненіи третейскаго приговора, если такія возраженія оказываются основательными (напримѣръ, уплата или частичное погашеніе долга). Въ данномъ случаѣ затрагивается не законность иностраннаго при-

¹⁾ Horovitz указ. соч., стр. 262 и сл.

²⁾ См. Horovitz указ. соч., стр. 271 и тамъ же приведенныя рѣшенія имперскаго суда.

³⁾ См. Horovitz указ. соч., стр. 271.

⁴⁾ §§ 722 и 723 нормируютъ условія исполненія въ Германіи рѣшенія иностранныхъ коронныхъ судовъ.

говора, а лишь самый фактъ существованія притязанія и, такимъ образомъ, здѣсь разсматривается только возможность принудительнаго исполненія.

Напротивъ, самое опредѣленіе германскаго короннаго суда объ исполненіи третейскаго приговора можетъ быть оспариваемо; оно подлежитъ по обстоятельствамъ cadaго конкретнаго случая апелляціи, кассациі, пересмотру и пр. Поэтому опредѣленіе объ исполненіи приговора можетъ повлечь за собою фактически принудительное исполненіе лишь тогда, когда оно вступило въ законную силу или признано подлежащимъ исполненію ¹⁾).

Относительно приведенія въ исполненіе иностраннаго третейскаго приговора въ Россіи практика правительствующаго сената въ высшей степени неустойчива.

Гражданскій кассационный департаментъ высказываетъ тотъ взглядъ, что условіе о подчиненіи спора иностранному третейскому суду недѣйствительно ²⁾ и что иностранные третейскіе приговоры, какъ постановленные частными лицами, по дѣйствующему русскому законодательству ничтожны ³⁾).

Въ опредѣленіяхъ бывшаго 4-го, нынѣ судебнаго департамента, иностранные третейскіе приговоры хотя неоднократно и сравнивались со свидѣтельствомъ экспертовъ ⁴⁾), но, въ большинствѣ случаевъ, до послѣдняго времени признавалась обязательная сила этихъ приговоровъ. Для сего необходимымъ условіемъ требовалось взаимное соглашеніе сторонъ о подчиненіи третейскому суду могущихъ возникнуть между ними споровъ по заключенному ими договору, и удостовѣреніе мѣстнаго русскаго консульства, что какъ третейскія судъ, такъ и самый приговоръ, состоялись согласно законамъ и обычаямъ даннаго иностраннаго государства ⁵⁾).

¹⁾ Horovitz, указ. соч., стр. 272.

²⁾ Рѣшенія гражд. кассац. д-та 1890 г. № 26.

³⁾ Рѣшенія гражд. кассац. д-та 1870 г. № 646 и 1871 г. № 371.

⁴⁾ См. выше, стр. 96 и 131.

⁵⁾ Опредѣленія правительствующаго сената по бывшему 4 департаменту по дѣламъ: «Ламбертъ и Смитъ» съ Коганомъ отъ 26 января 1889 г. № 157; «Биркетъ, Сперлингъ и К^о» съ «Леви и Гермеръ» отъ 4 мая 1889 г. № 784; «Кларкъ, Бахъ и К^о» съ «Леви и Гермеръ» отъ 4 мая 1889 г. № 782; Фульда съ Коганомъ отъ 24 мая 1890 г. № 769 и по судебному департаменту: по дѣлу «Братъ Бауманъ» съ Гринбергомъ отъ 7 октября 1899 г. № 396, по дѣлу «Бендитъ Лимбургеръ и К^о» съ Абрамомъ Гринбергомъ отъ 31 мая 1901 г. № 1018.

Въ одномъ изъ своихъ опредѣленій ¹⁾ судебный департаментъ всталъ на ту точку зрѣнія, что въ иностранномъ третейскомъ приговорѣ нельзя видѣть запрещеннаго закономъ отказа отъ судебной защиты, потому что оно является въ сущности только избраніемъ опредѣленной ея формы. Хотя гражданскій кассационный департаментъ и установилъ, что условіе о подчиненіи спора иностранному суду недѣйствительно, но разъясненіе это касается исключительно спора по договорамъ, заключеннымъ и подлежащимъ исполненію въ предѣлахъ Имперіи; въ данномъ случаѣ договоръ сторонъ подлежитъ исполненію въ Англіи, а слѣдовательно, въ условіи о подчиненіи англійскому суду споровъ, возникающихъ изъ такого договора, ничего недопустимаго усмотрѣть нельзя. Если же лондонскій арбитражъ и не является государственнымъ судомъ въ Англіи и если гражданскій кассационный департаментъ призналъ ничтожнымъ, по дѣйствующему русскому законодательству, условіе подчинить споры по договору сужденію указанныхъ въ немъ частныхъ лицъ, то это обстоятельство вообще и не должно опредѣляться по русскимъ законамъ. Приговоръ иностраннаго арбитража, состоявшагося вслѣдствіе взаимнаго соглашенія сторонъ о подчиненіи такому суду могущихъ возникнуть между ними споровъ по договору, подлежащему исполненію въ мѣстѣ арбитража, обладаетъ обязательною для контрагентовъ силою, а потому надо придти къ заключенію, что подобнаго рода рѣшеніе не является только обычнаго порядка доказательствомъ, подлежащимъ опроверженію посредствомъ другихъ доказательствъ, а можетъ быть оспорено, примѣнительно къ ст. 218 ²⁾ уст. суд. торг. (по изд. 1903 г.), лишь въ отношеніи формы.

Въ недавно состоявшемся опредѣленіи по дѣлу «Пейрано и К^о» съ Рейберманомъ ³⁾ судебный департаментъ радикально измѣнилъ свой взглядъ на законную силу иностраннаго третейскаго приговора.

¹⁾ Опредѣленіе по дѣлу «В. Г. Борроу и К^о» съ «Б. Сорокинымъ и К^о» отъ 13 апрѣля 1909 г. № 1955.

²⁾ Ст. 218 уст. суд. торг.: «Если актъ составленъ и совершенъ въ иностранномъ государствѣ по тамошнему обычаю и несходно съ обрядомъ составленія и совершенія подобныхъ актовъ въ Россіи, то онъ тѣмъ не менѣе признается законнымъ актомъ, когда къ опроверженію подлинности его не будетъ представлено доказательствъ».

³⁾ Опредѣленіе судебного департамента по дѣлу торговаго дома «Пейрано и К^о» съ Одесскимъ купцомъ Рейберманомъ отъ 23 февраля 1912 г.

Въ принесенной правительствующему сенату апелляціонной жалобѣ на рѣшеніе Одесскаго коммерческаго суда, повѣренныя отвѣтчика торговаго дома «Пейрано и К^о» нашли рѣшеніе Одесскаго коммерческаго суда неправильнымъ, причемъ доводы свои сводили, главнымъ образомъ, къ слѣдующему: а) указанное требованіе истца (Рейбермана), по собственному его желанію, разсмотрѣно было обѣими инстанціями арбитражнаго суда Лондонской хлѣботорговой ассоціаціи, и рѣшенія сей послѣдней являются для Рейбермана обязательными, какъ вступившее въ законную силу рѣшеніе надлежащаго суда, а посему Рейберманъ, использовавъ всѣ законныя средства судебной защиты, не можетъ предъявлять по тому дѣлу новаго иска въ русскомъ судѣ; б) между Рейберманомъ и торговымъ домомъ «Пейрано и К^о» состоялось соглашеніе о подчиненіи ихъ спора рѣшенію арбитража при Лондонской хлѣботорговой ассоціаціи, каковое соглашеніе, какъ всякій договоръ, не противный законамъ, въ силу ст. 569 т. X ч. I св. зак. гражд., должно быть исполнено, тогда какъ неподчиненіе Рейбермана рѣшенію Лондонскаго арбитража и предъявленіе иска въ русскомъ судѣ является прямымъ нарушеніемъ означеннаго соглашенія. Въ виду указанныхъ соображеній, апелляторъ считаетъ неправильнымъ разсмотрѣніе Одесскимъ коммерческимъ судомъ иска Рейбермана. Обращаясь къ обсужденію доводовъ апеллятора, правительствующій сенатъ находитъ, что, хотя въ приводимомъ повѣренными опредѣленіи правительствующаго сената и проводится взглядъ объ обязанности для сторонъ подчиниться арбитражному суду, однако, обстоятельства этого дѣла иного вывода и не допускали въ виду того, что стороны и не оспаривали этого вопроса, а апелляторъ находилъ лишь рѣшеніе арбитражнаго суда неправильнымъ, какъ съ формальной стороны, такъ и по существу, между тѣмъ какъ въ настоящемъ случаѣ Рейберманъ не считаетъ для себя рѣшеніе арбитражнаго суда обязательнымъ вообще, и такой взглядъ Рейбермана соотвѣтствуетъ практикѣ правительствующаго сената, какъ по гражданскому кассационному департаменту, такъ и по судебному департаменту. Въ этихъ рѣшеніяхъ твердо установлено то начало, что въ Россіи могутъ имѣть силу и почитаться дѣйствительными только рѣшенія, исходящія отъ такихъ учреждений, коимъ право постановленія рѣшенія предоставлено верховной властью; изъ сего слѣдуетъ, что рѣшенія иностранныхъ судовъ, сами по себѣ, не имѣютъ никакого значенія, безъ предоставленія имъ такового или дѣйствующимъ въ Россіи закономъ, или заклю-

ченными съ иностраннымъ государствомъ конвенціями. При примѣненіи этого общаго начала къ настоящему дѣлу оказывается, что, въ виду отсутствія между Россією и Англією конвенціи о взаимномъ исполненіи судебныхъ рѣшеній, рѣшеніе Лондонскаго арбитража, если бы и имѣло въ Англіи силу судебного рѣшенія—въ Россіи такого значенія имѣть не можетъ, и для русскихъ судовъ необязательно, а потому Рейберманъ въ правѣ былъ предъявлять въ русскомъ судѣ искъ по дѣлу, уже разсмотрѣнному Лондонскимъ арбитражемъ. Указаннаго права Рейберманъ не можетъ быть лишенъ согласіемъ, послѣдовавшимъ съ его стороны о подчиненіи его претензіи арбитражу при Лондонской хлѣботорговой ассоціаціи, ибо, насколько подобное соглашеніе клонится къ отказу отъ права судебной защиты, оно, какъ незаконное, не имѣетъ для Рейбермана обязательной силы; а поскольку данное соглашеніе является договоромъ объ особомъ способѣ судебной защиты, а именно о разсмотрѣніи дѣла иностраннымъ судомъ, оно, какъ неподходящее подъ статьи 227, 228 уст. гр. суд., имѣющія въ виду исключительно русскіе суды (разъясненія гражданскаго кассационнаго департамента № 892/72, № 1870/70, № 26/90 и др.)—не слагаетъ съ русскаго суда обязанности разсмотрѣть спорное дѣло Пейрано и Рейбермана. Переходя къ указанію апеллятора на то, что рѣшеніе Лондонскаго арбитража, постановленное согласно съ законами Англіи и состоявшееся по взаимному соглашенію сторонъ, имѣетъ, подобно свидѣтельствамъ экспертовъ, полную доказательную силу въ настоящемъ дѣлѣ, правительствующій сенатъ, согласно своимъ предшествовавшимъ рѣшеніямъ, находитъ данную ссылку апеллятора правильною, но, такъ какъ экспертиза служитъ доказательствомъ фактовъ, то и рѣшеніе Лондонскаго арбитража имѣетъ для русскаго суда значеніе лишь по вопросамъ установленія фактическихъ данныхъ дѣла и не препятствуетъ русскому суду разсмотрѣть дѣло по существу.

Въ приведенномъ опредѣленіи мотивы судебного департамента не только мало обоснованы, но и неудовлетворительны по своей конструкціи.

Признавая договоръ о третейскомъ разбирательствѣ, состоявшимся между сторонами, судебный департаментъ въ то же время *допускаетъ односторонній отказъ отъ этого договора* на томъ только основаніи, что *ответчикъ не считаетъ для себя рѣшеніе арбитражнаго суда обязательнымъ вообще.*

Далѣе, судебный департаментъ впадаетъ въ грубую ошибку,

сравнивая третейскій приговоръ съ рѣшеніями коронныхъ судовъ. Какъ уже неоднократно указывалось, третейскій приговоръ поконится исключительно на свободномъ волеизъявленіи сторонъ, а не на актѣ верховенства иностраннаго государства. Въ противоположность рѣшеніямъ заграничныхъ коронныхъ судовъ, третейскіе приговоры по своей юридической природѣ не требуютъ необходимаго условія заключенія съ иностраннымъ государствомъ особой конвенціи для приведенія ихъ въ исполненіе.

Судебный департаментъ вмѣстѣ съ гражданскимъ кассационнымъ департаментомъ, дѣлая ссылки на ст. ст. 227, 228 уст. гр. суд., усмотрѣли въ соглашеніи сторонъ пророгационный договоръ, тогда какъ былъ заключенъ договоръ о третейскомъ разбирательствѣ, нормируемый въ ст. ст. 1367 — 1400, коимъ именно устраняется участіе коронныхъ судовъ въ разрѣшеніи возникшаго спора.

Неправильно также сравненіе третейскаго приговора со свидѣтельствомъ экспертовъ, какъ объ этомъ было подробно разъяснено выше ¹⁾.

Благодаря отсутствію ясныхъ и опредѣленныхъ указаній въ нашемъ законодательствѣ объ истинной природѣ третейскаго суда, практика нашего правительствующаго сената, какъ это усматривается изъ приведенныхъ опредѣленій и рѣшеній, примѣняетъ безъ должной оцѣнки и критики разнообразныя взгляды на разсматриваемый институтъ. Въ одномъ случаѣ правительствующій сенатъ усматриваетъ публично-правовой, а въ другомъ—частно-правовой характеръ третейскаго суда; пытается провести аналогію третейскаго договора съ пророгационнымъ договоромъ, или безъ всякаго основанія сравниваетъ третейскій приговоръ со свидѣтельствомъ экспертовъ.

Такая практика сама по себѣ въ высшей степени вредна для интересовъ вывозной торговли въ Россіи. На международныхъ конференціяхъ, происходившихъ въ Берлинѣ и въ С.-Петербургѣ, неоднократно поднимался русскими представителями вопросъ о томъ, чтобы возникающіе по международнымъ торговымъ сдѣлкамъ споры могли разрѣшаться наряду съ иностранными арбитражными судами также и русскими биржевыми арбитражными комиссіями. На это дѣлались вполне основательныя возраженія, что русскому законо-

¹⁾ См. стр. 131 настоящаго труда.

дательству неизвѣстны такія учрежденія и что практика русскихъ коронныхъ судовъ и нашего правительствующаго сената еще недостаточно уяснила себѣ принципы частнаго международного права въ этомъ вопросѣ.

Недовѣріе къ институту третейскаго суда и неправильное толкованіе истинной природы и сущности третейскаго договора проявились также и среди членовъ юридической консультаціи, приглашенныхъ весною 1912 г. совѣтомъ съѣздовъ представителей биржевой торговли и сельскаго хозяйства для разрѣшенія вопросовъ, касающихся исполненія германо-нидерландскихъ хлѣбныхъ контрактовъ въ связи съ закрытіемъ Дарданеллъ во время итало-турецкой войны.

Консультаціи были предложены для разъясненія слѣдующіе два вопроса: 1) является ли закрытіе Дарданеллъ обстоятельствомъ, дающимъ право сторонамъ, подписавшимъ германо-нидерландскій хлѣбный контрактъ, ссылаться на непреодолимую силу, препятствующую выполнению принятыхъ ими на себя обязательствъ, 2) является ли германскій арбитражъ компетентнымъ для разбирательства споровъ, вытекающихъ изъ германо-нидерландскихъ контрактовъ вслѣдствіе закрытія Дарданеллъ ¹⁾.

По относящемуся сюда вопросу о компетенціи германскаго арбитража разбирать споры, вытекающіе изъ исполненія германо-нидерландскихъ хлѣбныхъ контрактовъ въ связи съ закрытіемъ Дарданеллъ, консультація полагала, что германскій арбитражъ *не является компетентнымъ* для принятія къ разрѣшенію означенныхъ споровъ по нижеслѣдующимъ соображеніямъ.

Во первыхъ, согласно смыслу германо-нидерландскаго контракта, предусматриваемому послѣднимъ арбитражу могутъ подлежать лишь вопросы, касающіеся техники хлѣбнаго дѣла, то есть качества или количества товара и взаимныхъ расчетовъ сторонъ по сдѣлкѣ. Для разбирательства же вопросовъ чисто юридическаго свойства, какими слѣдуетъ признать, напримѣръ, вопросы, вытекающіе изъ факта закрытія Портою проливовъ, германскій арбитражъ является *совершенно некомпетентнымъ*, тѣмъ болѣе въ данномъ случаѣ, когда такой очевидный форсъ-мажоръ какъ закрытіе Дарданеллъ не можетъ быть основанъ по буквальному тексту

¹⁾ Журналъ засѣданія совѣта съѣздовъ представителей биржевой торговли и сельскаго хозяйства отъ 18 мая 1912 г. № 98, стр. 1 и сл.

контракта, но можетъ быть признанъ лишь на основаніи смысла сего контракта и нормъ общегражданскаго права. Кромѣ сего, нужно имѣть въ виду, что въ каждомъ договорѣ предполагается, что обѣ стороны являются равноправными. Исходя изъ этого принципа, можно еще допустить, что вопросы, касающіеся техники хлѣбнаго дѣла, подлежатъ разсмотрѣнію исключительно въ германскомъ арбитражномъ судѣ, такъ какъ Германія является фактическимъ мѣстомъ сдачи товара, въ виду чего всякая относящаяся къ послѣднему экспертиза представляется тамъ, по существу дѣла, болѣе удобною и цѣлесообразною. Но въ отношеніи разрѣшенія вопросовъ чисто юридическаго свойства нѣтъ никакихъ справедливыхъ основаній всецѣло передавать ихъ на разрѣшеніе одного только германскаго арбитража, такъ какъ въ этомъ отношеніи сторонамъ несомнѣнно должна быть предоставлена полная возможность защищать свои права всѣми находящимися въ ихъ распоряженіи законными способами.

Во-вторыхъ, въ германскомъ контрактѣ предусмотрено, что въ качествѣ арбитровъ не могутъ выступать лица, заинтересованныя въ дѣлѣ, подлежащемъ разрѣшенію арбитража, закрытіе же Дарданеллъ является обстоятельствомъ столь общаго и широкаго значенія для всей германской хлѣбной торговли, что въ немъ заинтересовано огромное большинство лицъ изъ числа коихъ могутъ быть избираемые арбитры, въ виду чего въ данномъ случаѣ надлежало бы предъявить отводъ вообще противъ всего состава германскихъ арбитражныхъ судовъ, какъ непосредственно заинтересованнаго въ вопросахъ, которые подлежали бы ихъ разбирательству.

Къ изложенному участвовавшіе въ консультаціи юристы добавили, что, само собою разумѣется, высказанныя ими по настоящему предмету мнѣнія не могутъ считаться безспорными и имѣющими безусловно доказательную силу, но что во всякомъ случаѣ, разъ всѣ присутствующіе въ данной консультаціи юристы, относясь къ разсматриваемымъ ими вопросамъ съ совершенно объективной правовой точки зрѣнія, пришли, въ полномъ между собою согласіи, къ опредѣленнымъ выводамъ, то есть полное основаніе предполагать, что и другіе юристы, хотя бы и находящіеся въ иной обстановкѣ, придутъ по означеннымъ вопросамъ къ однороднымъ заключеніямъ, вслѣдствіе чего можно было бы, повидимому, надѣяться на то, что практика судебныхъ учреждений, которымъ придется раз-

рѣшать вышеуказанные вопросы, не окажется въ противорѣчіи съ высказанными настоящею консультаціею мнѣніями ¹⁾).

Юридическая консультація прежде всего допустила неправильное толкованіе германо-нидерландскаго договора. Наряду съ чисто техническими вопросами хлѣбнаго дѣла, контрактъ предусматриваетъ разрѣшеніе и юридическихъ вопросовъ, напимѣръ, частичная или полная отмѣна договора, вслѣдствіе запрещенія вывоза, блокады или дѣйствій непріятеля. Обсужденіе указанныхъ обстоятельствъ можетъ вызвать такія же затрудненія, какъ и разсматривавшійся консультаціею вопросъ о форсъ-мажорѣ. Вся конструкція консультаціи потерпѣла бы полное крушеніе, если бы въ германо-нидерландскій договоръ послѣ словъ «запрещенія вывоза, блокады, дѣйствій непріятеля» были бы вставлены слова: «или непреодолимой силы», какъ это усматривается, напимѣръ, въ бельгійскихъ и французскихъ контрактахъ. Помимо сего, какъ разъ германо-нидерландскій контрактъ различаетъ арбитражи по своему содержанію, а именно—на состоявшіеся приговоры, касающіеся техники хлѣбнаго дѣла, какъ-то: качества товара или анализовъ, апелляціи не допускается, тогда какъ по сложнымъ юридическимъ вопросамъ допускается апелляція въ теченіе 7 дней по объявленіи приговора.

Устанавливая тотъ взглядъ, что «въ отношеніи разрѣшенія вопросовъ чисто юридическаго свойства нѣтъ никакихъ *справедливыхъ* основаній передавать ихъ на разрѣшеніе германскаго арбитража»,—юридическая консультація въ данномъ случаѣ руководствовалась скорѣе принципами справедливости, а не положительнымъ правомъ, дѣйствующимъ въ мѣстѣ исполненія контракта, т. е. въ Германіи.

§ 1037 германскаго Z. P. O. категорически предусматриваетъ, что «третейскіе судьи могутъ продолжать разбирательство и постановить приговоръ даже въ тѣхъ случаяхъ, когда обнаружится недопустимость третейскаго суда, въ особенности, если окажется, что не существуетъ юридически дѣйствительнаго третейскаго договора, или что третейскій договоръ не относится къ разбираемому спору, или что одинъ изъ третейскихъ судей не уполномоченъ на третейское разбирательство».

Устанавливая такое правило, германскій законодатель желалъ придать особую устойчивость третейскому разбирательству, дабы

¹⁾ Журналъ засѣданія совѣта съѣздовъ представителей биржевой торговли № 98, стр. 4 и 5.

противная сторона не могла такъ или иначе сорвать его, если оно клонится къ ея невыгодѣ. Въ данномъ случаѣ какъ разъ не усматривается законныхъ поводовъ къ отводу третейскихъ судей, такъ какъ способъ ихъ избранія точно предусмотрѣнъ сторонами въ германо-нидерландскомъ контрактѣ.

Отсюда слѣдуетъ, что юридическая консультація и вопросъ объ отводѣ всего состава германскихъ арбитражныхъ судовъ разрѣшила неправильно.

Неправильно также единогласное мнѣніе юридической консультаціи, когда она высказываетъ надежду на то, что практика судебныхъ учреждений, которымъ придется разрѣшать вышеуказанные вопросы, не окажется съ нею въ противорѣчіи. Что касается германской судебной практики, то не можетъ быть даже ни малѣйшаго сомнѣнія въ томъ, что она признаетъ на основаніи германо-нидерландскаго контракта вполне правильнымъ компетенцію третейскаго суда въ разсмотрѣніи не только техническихъ, но и юридическихъ вопросовъ, и что заявленіе объ отводѣ судей даже не приметъ во вниманіе при ходатайствѣ объ отмѣнѣ третейскаго суда.

Изложенные выше взгляды юридической консультаціи еще болѣе свидѣтельствуютъ о недостаточно внимательномъ у насъ отношеніи къ институту третейскаго суда. Юридическая комиссія совершенно не имѣла въ виду, что договоръ о третейскомъ разбирательствѣ относится къ той же категоріи частныхъ договоровъ, какъ и купля-продажа, или,—какъ удачно называетъ Гайюмъ,—вексельное обязательство.

Рекомендуя русскимъ экспортерамъ не исполнять принятыя и подписанныя ими обязательства о третейскомъ разбирательствѣ, юридическая консультація какъ бы рекомендуетъ не платить по векселю.

IX.

Попытки къ объединенію нормъ международной судебной защиты.

На международномъ конгрессѣ торговыхъ палатъ въ Миланѣ, происходившемъ въ 1906 году, докладчикъ отъ имени Барселонской торговой камеры д-ръ Аменгуаль обратилъ серьезное вниманіе конгресса на то, что, при современномъ международномъ торговомъ оборотѣ, коммерсанты все сильнѣе и сильнѣе чувствуютъ необходимость измѣнить иностранное правосудіе такимъ образомъ, чтобы получилась необходимая гарантія при осуществленіи своихъ имущественныхъ правъ, такъ какъ дѣятельность государствъ въ дѣлѣ удовлетворенія этой насущной потребности оставляетъ желать много лучшаго.

По выслушаніи подробно мотивированнаго доклада Аменгуалья ¹⁾ международный конгрессъ принялъ нижеслѣдующую резолюцію.

Въ виду того, что законодательства и юриспруденція многихъ государствъ обходятъ молчаніемъ, или же даютъ весьма неустойчивыя указанія относительно исполненія не только третейскихъ приговоровъ, но и судебныхъ рѣшеній вообще, конгрессъ предлагаетъ всѣмъ своимъ членамъ дѣятельно работать въ пользу объединенія законодательства и стремиться къ тому, чтобы какъ тѣ правительства, которыя требуютъ матеріальной провѣрки иностран-

¹⁾ Bart. Amengual, El arbitraje internacional en cuestiones de comercio. Memoria presentada al Congreso de Cámaras de Comercio y Asociaciones Mercantiles e Industriales celebrado en Milán, Barcelona. Этотъ докладъ изданъ на французскомъ языкѣ—Rapport de la Chambre de Commerce de Barcelone sur l'arbitrage international de Commerce, 1906.

ныхъ рѣшеній по существу, такъ и тѣ, которыя допускаютъ исполненіе ихъ только на основѣ взаимности, сдѣлали исключеніе для третейскихъ приговоровъ. Поскольку такое исключеніе еще не установлено, въ исполненіи третейскихъ приговоровъ должно быть отказываемо лишь въ томъ случаѣ, когда провѣрка ихъ выяснитъ, что они противорѣчатъ требованіямъ международнаго публичнаго права или публичнаго права того государства, гдѣ они подлежатъ исполненію, или что третейскіе судьи вышли за предѣлы предоставленныхъ имъ полномочій. Предъявляемые при этомъ формальныя требованія должны быть по возможности упрощены и служить только къ тому, чтобы установить подлинность третейскихъ приговоровъ.

Вскорѣ послѣ принятія этой резолюціи, старшины берлинскаго купечества также занялись вопросомъ объ исполненіи судебныхъ рѣшеній и третейскихъ приговоровъ въ международномъ оборотѣ.

Въ интересахъ плодотворнаго развитія международныхъ торговыхъ сношеній, старшины берлинскаго купечества ¹⁾ выразили пожеланіе, чтобы была достигнута возможность повсюду осуществлять правовыя притязанія и противъ иностранныхъ должниковъ. Въ большинствѣ государствъ это связано съ значительными трудностями, нерѣдко даже совершенно недостижимо. Въ виду того, что это наноситъ значительный ущербъ международному кредиту, старшины берлинскаго купечества признали цѣлесообразнымъ собрать весь матеріалъ по вопросу объ исполненіи иностранныхъ судебныхъ и третейскихъ рѣшеній путемъ сопоставленія дѣйствующихъ въ отдѣльныхъ государствахъ законодательныхъ опредѣленій и установившейся въ нихъ судебной практики.

Эта работа была поручена Гегеру, который съ успѣхомъ исполнилъ ее, выпустивъ по этому вопросу въ 1910 г. два труда подъ заглавіемъ: 1) *Die Vollstreckung von Urteilen und Schiedssprüchen im internationalen Rechtsverkehr* и 2) *Schiedsgerichte für Rechtsstreitigkeiten der Handelswelt*.

Собранные Гегеромъ матеріалы показали, что именно государства, занимающія первенствующее мѣсто въ международной торговлѣ, либо вовсе не исполняютъ иностранныхъ судебныхъ рѣшеній, или же обставляютъ это такими трудностями, что исполненіе оказывается въ большинствѣ случаевъ фактически недостижимымъ.

¹⁾ См. Haeger указ. соч., стр. 86.

Въ виду того, что нѣкоторые государства, въ томъ числѣ и Россія, еще не уяснили себѣ достаточно полно различія между рѣшеніемъ коронныхъ судовъ, какъ актомъ верховенства государства, именемъ котораго оно постановлено и третейскимъ приговоромъ, какъ всецѣло основанномъ на частномъ договорѣ, необходимо подробнѣе ознакомиться съ современнымъ положеніемъ вопроса о приведеніи въ исполненіе иностранныхъ рѣшеній коронныхъ судовъ.

Уже съ давнихъ поръ, говоритъ Гегеръ ¹⁾, дѣлались попытки устранить разнорѣчіе отдѣльныхъ законодательствъ и достигнуть единообразнаго исполненія рѣшеній коронныхъ судовъ въ международномъ оборотѣ. До сего времени, однако, замѣтныхъ результатовъ въ этой области достигнуто не было. Немного имѣется благопріятныхъ въ этомъ отношеніи признаковъ и для будущаго. На международныхъ конгрессахъ все яснѣе обнаруживается тотъ фактъ, что провести одинаковые правовые принципы для всѣхъ государствъ представляется недостижимымъ. Несмотря на многочисленные договоры между отдѣльными государствами, дѣло ни на шагъ не подвинулось къ возможности достигнуть всеобщаго единенія.

Препятствіе, противустоящее всѣмъ объединительнымъ попыткамъ такого рода, заключается въ томъ, что самая компетентность отдѣльныхъ судебныхъ инстанцій не одинакова въ отдѣльныхъ государствахъ. Даже если пойти навстрѣчу указаннымъ попыткамъ въ томъ отношеніи, чтобы для признанія наличности, требуемой всѣми законодательствами, компетентности суда, постановившаго рѣшеніе, требовать компетентности не того суда, который именно въ данномъ случаѣ постановилъ рѣшеніе, а ограничиваться тѣмъ, что вообще какой бы то ни было иностранный судъ былъ бы компетентенъ, то все же и этотъ вопросъ могъ бы быть рѣшенъ только на основѣ единого законодательства. Ибо представляется весьма мало правдоподобнымъ, чтобы какое-либо государство согласилось на примѣненіе его судами иностраннаго права при разрѣшеніи этого вопроса.

Въ отдѣльныхъ государствахъ существуетъ цѣлый рядъ определенныхъ системъ подсудности и почти всякое государство строить подсудность исковъ на особыхъ принципахъ, значительно отличаю-

¹⁾ См. Haeger, *Die Vollstreckung von Urteilen und Schiedssprüchen im internationalen Rechtsverkehr*, Berlin 1910, § 112 и его же *Schiedsgerichte für Rechtsstreitigkeiten der Handelswelt*, Berlin 1910, стр. 65 и сл.

щихся отъ принятыхъ другими государствами. Постановленныя на основѣ такой подсудности рѣшенія коронныхъ судовъ всегда будутъ разсматриваться за границею, какъ исходящія отъ некомпетентнаго суда, если соотвѣтственное законодательство вообще не знаетъ такой подсудности, или въ силу туземнаго права никакой иностраннѣй судъ въ данномъ дѣлѣ компетентенъ быть не можетъ. Такого рода случаи весьма часты на практикѣ, и поэтому исполненіе иностранныхъ рѣшеній коронныхъ судовъ фактически оказывалось бы во многихъ случаяхъ невозможнымъ даже при наличности всеобщаго соглашенія, если одновременно съ тѣмъ не будетъ достигнуто единообразіе нормъ, регулирующихъ компетенцію судовъ. Такимъ образомъ, прежде всего безусловно необходимо единеніе по вопросамъ подсудности. Отдѣльныя государства должны бы, по взаимному соглашенію, установить каждое для себя опредѣленную подсудность исковъ. Для исполненія иностранныхъ судебныхъ рѣшеній необходима, поэтому, самостоятельная система нормъ подсудности, которая была бы санкціонирована всѣми государствами. Но это дѣлаетъ весьма проблематичною возможность достигнуть такого соглашенія, ибо отдѣльныя государства едва ли будутъ склонны преобразовать существующія у нихъ долгій рядъ лѣтъ и изданныя въ интересахъ гражданъ нормы подсудности, т. е. измѣнить, въ ущербъ отыскивающему свое право истцу, принципы, вызванные въ жизнь практическими потребностями.

Помимо сего, единообразное международное урегулированіе правовыхъ вопросовъ, какъ справедливо замѣчаетъ Гегеръ ¹⁾, неизмѣнно встрѣчаетъ существеннѣйшее препятствіе въ томъ, что Англія принципиально уклоняется въ какой бы то ни было мѣрѣ модифицировать свое право. Она всегда охотно выступаетъ въ пользу возможно единообразнаго рѣшенія вопросовъ, но лишь при условіи, что ея собственное право останется при этомъ неприкосновеннымъ и другія государства къ нему присоединятся. Это не трудно объяснить, если принять во вниманіе, что Англія гораздо болѣе заинтересована въ согласованіи ея законовъ съ законами ея колоній, чѣмъ съ законодательствами европейскихъ государствъ. Уклоненіе Англіи отъ ея дѣйствующаго права, введеннаго во всѣхъ ея колоніяхъ и всѣхъ государствахъ, находящихся въ сферѣ ея колониальнаго вліянія, вызвало бы для нея тренія именно съ государ-

¹⁾ Haeger указ. соч., стр. 67 и сл.

ствами, необходимыми для ея торговли, ибо эти государства не такъ скоро могли бы продѣлать реформу, даже если бы онѣ этого захотѣли. А между тѣмъ именно Англія является въ большинствѣ случаевъ государствомъ, наиболѣе широко заинтересованнымъ въ международной торговлѣ, и, стало быть, если Англію исключить, то уже не можетъ быть рѣчи о единообразномъ международномъ урегулированіи вопроса.

Приходится, такимъ образомъ, фактически отказаться отъ единого и всеобщаго урегулированія порядка исполненія судебныхъ рѣшеній на основаніи нормъ положительнаго права.

Гегеръ ¹⁾ указываетъ еще на одинъ методъ поощренія международныхъ торговыхъ отношеній путемъ возможно единообразной судебной защиты, а именно—заключеніе договоровъ, которые объединяли бы сперва только два отдѣльныхъ государства въ вопросѣ о взаимномъ исполненіи судебныхъ рѣшеній.

Необходимое при этомъ условіе—чтобы правовоззрѣніе обоихъ государствъ базировало на однородныхъ правовыхъ принципахъ и чтобы развитіе гражданскаго процесса въ нихъ также являло бы черты значительнаго сходства.

Если заключеніе договора достигнуто, необходимо было бы принять мѣры къ постепенному присоединенію къ нему другихъ сосѣднихъ государствъ, такъ что, мало по-малу, группа державъ оказалась бы объединенною въ вопросѣ объ условіяхъ судебныхъ рѣшеній. Это, однако, не такъ легко, ибо найти только одно—третье—государство, которое могло бы присоединиться къ соглашенію, будетъ уже связано съ значительными трудностями. Но если бы сила соглашенія и распространилась на три государства, то все же всѣ остальные державы сохранили бы свой прежній взглядъ на исполненіе рѣшеній иностранныхъ судовъ, да и немногія договорившіяся государства имѣли бы одинаковыя условія исполненія; въ самомъ процессѣ онѣ едва ли могли бы достигнуть полнаго единства, ибо для этого имъ пришлось бы въ опредѣленныхъ отдѣлахъ значительно видоизмѣнить ихъ процессуальные законы, что было бы пріемлемо лишь для государства, имѣющаго въ виду издать новый процессуальный кодексъ. Только въ этомъ благопріятномъ случаѣ можно было бы надѣяться достигнуть успѣха. Этотъ успѣхъ зависѣлъ бы, такимъ образомъ, единственно отъ случая и, поэтому,

¹⁾ Haeger указ. соч., стр. 68 и сл.

не могъ бы имѣть серьезнаго значенія при общемъ рѣшеніи проблемы.

Такимъ образомъ, всеобщее взаимное исполненіе судебныхъ рѣшеній слѣдуетъ признать недостижимымъ и этимъ путемъ.

Всякое судебное рѣшеніе заключаетъ въ себѣ не только положительное содержаніе, подлежащее понудительному исполненію, но и отрицательное—исключается возможность возобновленія процесса путемъ возраженія о томъ, что дѣло уже рѣшено вступившимъ въ законную силу рѣшеніемъ. Гегеръ ¹⁾ ставитъ, поэтому, вопросъ, возможно ли всеобщее признаніе всѣми государствами этого второго—отрицательнаго—результата иностранныхъ судебныхъ рѣшеній.

Если рѣшеніе иностраннаго гражданскаго суда о существованіи или несуществованіи правоотношенія будетъ облечено законною силою, имѣющей рѣшающее значеніе для отечественныхъ судовъ, то это значитъ, что имъ будетъ воспрещено вторично провѣрить на чьей сторонѣ право. Законная сила рѣшенія заключается въ исключеніи провѣрки его законмѣрности другимъ судьей; она связываетъ послѣдняго рѣшеніемъ первой инстанціи. Второй судья, санкціонируя законную силу рѣшенія отказомъ въ новомъ искѣ, въ силу *excerptio rei judicatae*, тѣмъ самымъ подчиняется велѣнію иностранной государственной власти, именемъ которой рѣшеніе постановлено, ибо содержаніе его онъ кладетъ въ основу собственнаго рѣшенія въ качествѣ обстоятельства, неподлежащаго оспариванію. Такимъ образомъ, онъ дѣлается орудіемъ этой чужой государственной власти совершенно такъ же, какъ если бы онъ фактически привелъ въ исполненіе приговоръ или иное распоряженіе этой власти.

Суверенитетъ государства предполагаетъ, однако, что такое господство надъ отечественными судами не должно принадлежать иностранному государству ни при какихъ обстоятельствахъ. Только въ силу рѣшенія отечественнаго, а отнюдь не иностраннаго органа власти, стороны могутъ потерять право обратиться для защиты своего притязанія къ отечественному суду, призванному общимъ закономъ къ разрѣшенію соотвѣтственнаго вопроса. Для того, чтобы иностранное рѣшеніе могло имѣть рѣшающее значеніе для отечественныхъ судовъ въ сферѣ ихъ собственныхъ дѣйствій, не-

¹⁾ Haeger указ. соч., стр. 69 и сл.

обходимъ, поэтому, соотвѣтственный приказъ со стороны отечественной государственной власти, совершенно такъ же, какъ если бы дѣло шло объ исполненіи рѣшенія. Только при наличности такого приказа, тяжущійся, потерявшій свое право въ иностранномъ процессѣ, лишенъ возможности еще разъ возобновить свое притязаніе въ своемъ государствѣ ¹⁾).

Такимъ образомъ, законная сила иностранныхъ судебныхъ рѣшеній признается не безусловно, а лишь въ силу соотвѣтственнаго постановленія отечественнаго судьи, и это постановленіе можетъ состояться лишь при наличности тѣхъ же условій, какія необходимы для принудительнаго исполненія иностраннаго судебного рѣшенія. Если при провѣркѣ обнаружится, что просьба объ исполненіи иностраннаго рѣшенія подлежала бы отклоненію, то и *exceptio rei judicatae* должна бы быть признана неуважительною. Если, стало быть, присудившее искъ иностранное рѣшеніе не можетъ подлежать исполненію, то должникъ, имѣющій жительство или имущество въ предѣлахъ государства, не можетъ воспользоваться *exceptio rei judicatae* для того, чтобы помѣшать возобновленію иска въ отечественномъ судѣ и, такимъ образомъ, уклониться отъ исполненія своей обязанности. Кредиторъ въ правѣ неограниченно использовать въ отечественномъ судѣ тѣ доказательства, на которыхъ онъ основывалъ уже свой искъ въ иностранномъ процессѣ, и, такимъ образомъ, достигнуть присужденія иска отечественнымъ судомъ.

Тотъ же принципъ долженъ примѣняться и къ рѣшеніямъ, отказывающимъ въ искѣ.

Условія для признанія законной силы иностраннаго судебного рѣшенія, слѣдовательно, не менѣе строги, чѣмъ условія его исполненія. Но онѣ не должны быть также болѣе строгими, такъ какъ въ противномъ случаѣ истецъ могъ бы, на примѣръ, достигнуть исполненія рѣшенія въ своемъ государствѣ и, сверхъ того, предъявить самостоятельный искъ, которому не могло бы быть противопоставлено *exceptio rei judicatae*. Какъ исполненіе, такъ и признаніе законной силы должны, поэтому, опредѣляться одинаковыми принципами.

Слѣдовательно, всеобщему признанію обоихъ главнѣйшихъ послѣдствій иностраннаго судебного рѣшенія противустоятъ вели-

¹⁾ Haeger указ. соч., стр. 72.

чайшія трудности, и именно потому, что судебныя рѣшенія суть акты верховенства иностраннаго государства; признавать ихъ другія государства, по общему правилу, считаютъ невозможнымъ по политическимъ и юридическимъ основаніямъ.

Такимъ образомъ, объ исполненіи иностранныхъ рѣшеній коронныхъ судовъ существуютъ въ разныхъ государствахъ самыя разнообразныя опредѣленія. Государство, въ предѣлахъ коего рѣшеніе должно быть исполнено, издаетъ соотвѣтственные законы съ цѣлью, съ одной стороны, защитить своихъ подданныхъ отъ вторженія чужой государственной власти въ ихъ правовую сферу, а съ другой стороны—съ цѣлью охранить свой собственный суверенитетъ.

Оба эти затрудненія отпадаютъ, когда идетъ рѣчь объ исполненіи иностранныхъ *третейскихъ приговоровъ*, такъ какъ источникомъ ихъ является не публичная государственная власть, а свободная воля сторонъ. Въ противоположность судебному рѣшенію, такая проявившаяся въ договорѣ частная воля должна, согласно общепризнанныхъ принциповъ международнаго права, одинаково признаваться за предѣлами государства, какъ и въ его предѣлахъ. Отсюда вытекаетъ обязанность иностранныхъ государствъ дать этому договору праву сторонъ принудительную силу путемъ исполненія третейскаго рѣшенія.

Это достигается тѣмъ, что допускается искъ объ исполненіи заключеннаго сторонами третейскаго договора, т. е., третейскаго приговора.

Въ то время, какъ искъ объ исполненіи иностраннаго *судебнаго рѣшенія* не имѣетъ никакого практическаго значенія и поэтому въ большинствѣ государствъ не допускается ²⁾, просьба объ исполненіи иностраннаго *третейскаго приговора* признается допустимой почти во всѣхъ государствахъ. И здѣсь требуется, конечно, чтобы самый приказъ объ исполненіи давался именемъ государства, исполняющаго приговоръ, такъ какъ только само оно можетъ давать приказы своимъ учрежденіямъ, но, въ силу международно-правовыхъ принциповъ, оно не въ правѣ ставить исполненіе въ зависимость отъ матеріальной провѣрки рѣшенія, а обязано дать принудительное исполненіе, если третейскій приговоръ дѣйствителенъ, если онъ не

¹⁾ Haeger указ. соч., стр. 73 и его же *Vollstreckung von Urteilen*, стр. 236.

²⁾ Haeger, *Die Vollstreckung von Urteilen* § 105, стр. 235.

нарушаетъ туземнаго публичнаго права и соотвѣтствуетъ установленнымъ государствомъ формальнымъ условіямъ исполненія ¹⁾).

Въ обширномъ своемъ трудѣ Гегеръ ²⁾ приходитъ къ тому выводу, что большинство государствъ, участвующихъ въ торговомъ оборотѣ, уже въ настоящее время признаютъ третейскіе приговоры, постановленные въ согласіи съ принципами международнаго права, подлежащими исполненію безъ матеріальной провѣрки ихъ по существу, причемъ это либо санкціонировано закономъ, либо установлено судебною практикою; такимъ образомъ, истецъ въ огромномъ большинствѣ случаевъ можетъ питать увѣренность, что его возстановленное третейскимъ приговоромъ право будетъ признано въ большинствѣ государствъ. Различія въ законодательствахъ отдѣльныхъ государствъ обычно заключаются единственно только въ условіяхъ этого признанія, правда, въ достаточной мѣрѣ обременительныхъ. Въ Германіи, напримѣръ, требуется полное и формальное исковое производство, съ словеснымъ состязаніемъ обѣихъ сторонъ и возможностью обжалованія въ двухъ инстанціяхъ. Равнымъ образомъ и формы врученія приговоровъ и иныхъ предварительныхъ исполнительныхъ дѣйствій, установленныхъ нѣкоторыми законодательствами для третейскихъ приговоровъ, мало соотвѣтствуютъ требованіямъ нашего времени, столь нуждающагося, прежде всего, въ скоромъ процессѣ.

Но все же, предварительныя условія для объединенія нормъ международной судебной защиты, поскольку дѣло касается третейскихъ приговоровъ, представляются въ общемъ вполне благопріятными. Необходимо, поэтому, поставить на первый планъ объединеніе законодательствъ и практики именно въ этой сферѣ, въ частности—въ томъ направленіи, чтобы приговоры иностранныхъ *постоянныхъ третейскихъ судовъ* при всѣхъ обстоятельствахъ подлежали исполненію безъ провѣрки ихъ по существу.

На основаніи приведеннаго здѣсь въ общихъ чертахъ доклада Гегера, старшины берлинскаго купечества полагали бы желательнымъ установить международное единеніе въ вопросѣ объ исполненіи третейскихъ приговоровъ на слѣдующихъ началахъ.

1. Вступившіе въ законную силу иностранные третейскіе приговоры исполняются безъ матеріальной ихъ провѣрки по существу;

¹⁾ Horovitz указ. соч., стр. 230.

²⁾ Haeger, Vollstreckung § 114, стр. 285 и указ. соч. стр. 80.

2. Постановление объ исполненіи дается по просьбѣ заинтересованной стороны въ заключительномъ производствѣ, не требуя предъявленія новаго иска;

3. Въ исполненіи должно быть отказано только: а) если третейскій приговоръ содержитъ въ себѣ пункты, противорѣчащіе требованіямъ публичнаго права исполняющаго государства и б) если приговоръ состоялся не въ соотвѣтствіи съ третейскимъ договоромъ.

На ту же точку зрѣнія сталъ и комитетъ германскаго торговаго съѣзда (гандельстага), выставившій нижеслѣдующія положенія.

1. Комитетъ германскаго торговаго съѣзда признаетъ желательнымъ единообразное урегулированіе исполненія третейскихъ приговоровъ въ международномъ оборотѣ, въ частности въ томъ направленіи, чтобы были по возможности упрощены условія исполненія. Необходимо стремиться къ тому, чтобы вступившіе въ законную силу третейскіе приговоры исполнялись безъ матеріальной провѣрки ихъ по существу, и чтобы опредѣленіе объ исполненіи постановлялось въ заключительномъ производствѣ, не требуя предъявленія новаго иска.

2. Комитетъ германскаго торговаго съѣзда не признаетъ совмѣстимымъ съ интересами торговли и промышленности постановленіе § 328 п. 5 германскаго Z. P. O. о томъ, что взаимность со стороны иностранныхъ государствъ можетъ быть гарантирована и одностороннимъ актомъ; комитетъ признаетъ, напротивъ того, желательнымъ, чтобы исключительно на основѣ договоровъ объединеніе въ вопросѣ объ исполненіи рѣшеній было достигнуто между тѣми государствами, коихъ законодательство, судебная организація и практика представляютъ необходимыя гарантіи. Желательно, чтобы передъ заключеніемъ такого рода договоровъ выслушивалось мнѣніе органовъ представительства торговли.

По инициативѣ старѣйшинъ берлинскаго купечества, въ программу V международнаго конгресса торговыхъ палатъ въ Бостонѣ, открывшемся 12-го сентября 1912 г., внесенъ вопросъ объ учрежденіи международнаго третейскаго суда для разрѣшенія споровъ между частными лицами и иностранными государствами. Съ осуществленіемъ предлагаемаго проекта, старшины берлинскаго купечества увѣрены, что внесется необходимый свѣтъ въ царство безправія. Тамъ, гдѣ государство дѣйствуетъ какъ частное лицо, напр., въ качествѣ владѣльца какого либо промышленнаго предпріятія, и вступаетъ въ сдѣлки съ частными лицами, то, при неаккуратности платежей со стороны государства, контрагенты его лишены всякой

судебной защиты и всецѣло зависятъ отъ усмотрѣнія того или другого правительства.

Проектируемый международный третейскій судъ долженъ состоять изъ выдающихся спеціалистовъ въ области международного, гражданского и торговаго права, разбирательство въ этомъ судѣ должно быть освобождено отъ излишнихъ формальностей, но все же рекомендуется заранѣе установить извѣстный порядокъ; мѣсто-пребываніе его намѣчается въ Гаагѣ, гдѣ имѣется обширная библіотека и подходящее зданіе.

Ближайшее разсмотрѣніе этого проекта относится уже къ области публичнаго международного права, а не частнаго гражданского права.

Х.

Заключительные выводы.

Торговые третейскіе суды являются продуктомъ самаго послѣдняго времени. Вызванные къ жизни неотложными потребностями современнаго торговаго оборота и оказавъ ему значительныя услуги, торговые третейскіе суды, какъ таковые, за исключеніемъ Австріи, къ счастью еще не нормированы современными законодательствами. При неустойчивости взглядовъ, существующихъ въ современныхъ законодательствахъ и юридической литературѣ на природу третейскаго договора, вновь возникшіе торговые третейскіе суды требуютъ особо бережнаго и внимательнаго къ себѣ отношенія. Никогда не слѣдуетъ забывать, что третейскіе суды могутъ правильно функционировать и имѣть присущія имъ силу, значеніе и прочную устойчивость только благодаря свободнымъ договорнымъ отношеніямъ сторонъ, а не вслѣдствіе принудительныхъ предписаній законодательствъ.

Въ интересахъ дальнѣйшаго развитія и упроченія постоянныхъ торговыхъ третейскихъ судовъ, нельзя присоединиться къ пожеланіямъ позднѣйшихъ представителей германской юридической литературы и представителей торговаго класса, чтобы законодательства, безъ общаго пересмотра всего института, выдѣлили торговые третейскіе суды въ отдѣльную группу и предоставили имъ особыя преимущества.

Какъ бы законодатель не былъ благосклонно настроенъ къ разсматриваемому институту, онъ, при предоставленіи особыхъ преимуществъ, всегда будетъ стремиться къ тому, чтобы превратить постоянные третейскіе суды въ профессиональные торговые суды.

Помимо австрійскаго законодательства, яркимъ примѣромъ можетъ послужить германское законодательство. Вполнѣ правильно относя третейскій договоръ къ области частно-правовыхъ догово-

ровъ, оно все же не устояло противъ искушенія ввести въ биржевомъ законѣ принудительную подсудность третейскимъ судамъ для занесенныхъ въ реестръ членовъ биржи.

Третейскій договоръ, какъ относящійся всецѣло къ области частно-правовыхъ договоровъ, долженъ разсматриваться исключительно на основахъ частнаго гражданского права. Вслѣдствіе сего, законодателямъ нѣтъ надобности нормировать въ процессуальныхъ кодексахъ тѣ отношенія, которыя должны быть устанавливаемы общимъ матеріальнымъ правомъ, волею договаривающихся сторонъ или уставами постоянныхъ третейскихъ судовъ, какъ то: опредѣленіе порядка избранія третейскихъ судей, судебнотретейскаго разбирательства, составленія договора и пр.

Законодательныя опредѣленія въ этой области наносятъ существенный вредъ идеѣ третейскаго суда. Являясь по природѣ своей договоромъ неформальнымъ, какъ разъ въ отношеніи формы установленія третейскаго договора практика отдѣльныхъ государствъ весьма разнорѣчива. Германское законодательство не знаетъ какойлибо обязательной формы договора. Третейскій договоръ признается дѣйствительнымъ не только тогда, когда онъ заключенъ словесно, но и въ томъ случаѣ, когда намѣреніе сторонъ заключить третейское соглашеніе вытекаетъ изъ обстоятельствъ дѣла. Англійское законодательство, допуская словесный договоръ, не всегда даетъ ему надлежащую законную силу, а въ иныхъ случаяхъ предписываетъ даже заключеніе договора нотаріальнымъ порядкомъ, какъ это установлено въ Россіи въ видѣ общаго правила для всѣхъ случайныхъ третейскихъ договоровъ. Австрійская и французская системы требуютъ безусловно письменной формы. Съ одной стороны, такое разнообразіе нормъ невыгодно отражается на исполненіи третейскихъ приговоровъ за границею, а съ другой стороны, онѣ не вызываются потребностями гражданского оборота и для законодателя должны быть безразличными.

Словомъ, когда законодатель начинаетъ регламентировать частныя отношенія, исключительно вытекающія изъ договора сторонъ, то всегда существуетъ опасность въ стѣсненіи этихъ отношеній тѣми или иными формальностями ко вреду регламентируемаго института.

Наоборотъ, когда дѣло касается публично-правовыхъ нормъ и когда стороны заинтересованы въ правильномъ и неуклонномъ исполненіи ихъ договора, то законодательство должно выставить съ своей стороны извѣстныя требованія.

Въ законѣ слѣдуетъ опредѣлить, какія отношенія, вытекающія изъ публично-правовыхъ нормъ, не должны подлежать судебнотретейскому разбирательству и при какихъ именно условіяхъ публично-правового характера третейскій приговоръ получаетъ законную исполнительную силу.

Практика постоянныхъ торговыхъ третейскихъ судовъ выработала въ этомъ отношеніи нижеслѣдующія пожеланія.

По заключеніи сторонами договора и по избраніи судей, третейско-судебное разбирательство уже не терпитъ посторонняго вліянія или вмѣшательства до тѣхъ поръ, пока не будетъ вынесенъ судьями третейскій приговоръ.

Заключаемая въ третейскомъ судѣ мировая сдѣлка сторонъ должны подлежать такому же исполненію, какъ и заключенныя въ коронныхъ судахъ.

Третейскій приговоръ, врученный сторонамъ и документально удостовѣренный въ подлинности, получаетъ такую же законную силу, какъ и рѣшеніе короннаго суда, если: 1) производство было допустимымъ, 2) дѣйствіе, къ которому стороны приговорены, не воспрещено закономъ, 3) стороны были представлены въ третейскомъ производствѣ или дали согласіе на веденіе процесса безъ ихъ участія, 4) сторонамъ была предоставлена возможность для устныхъ объясненій и 5) не имѣется условій для предъявленія реституціоннаго иска.

Законосильный третейскій приговоръ по просьбѣ одной изъ сторонъ долженъ быть объявленъ исполнимымъ подлежащимъ короннымъ судомъ. Третейскій приговоръ въ особыхъ случаяхъ можетъ получить предварительное исполненіе.

Всѣ относящіяся къ короннымъ судамъ функціи, какъ-то: приведеніе въ исполненіе приговора, допросъ подъ присягой сторонъ, свидѣтелей, экспертовъ и проч. должны производиться коронными судами. Допросъ подъ присягой желательно производить въ присутствіи третейскихъ судей. При отсутствіи въ договорѣ сторонъ указанія о томъ, какой коронный судъ является компетентнымъ на производство чисто судебныхъ дѣйствій, таковымъ долженъ быть тотъ судъ соотвѣтствующей инстанціи, въ округѣ котораго имѣетъ мѣстопробываніе постоянный торговый третейскій судъ.

Коронные суды и постоянные торговые третейскіе суды должны оказывать другъ-другу правовую помощь путемъ непосредственнаго обмѣна актами.

Всѣ остальные вопросы, касающіеся порядка судебного произ-

водства, могутъ быть предусмотрѣны въ уставахъ постоянныхъ торговыхъ третейскихъ судовъ.

Въ качествѣ гарантіи правильнаго отправленія правосудія торговыми третейскими судами выставляется то положеніе, что эти суды образуются изъ выбранныхъ общественною корпораціею судей, имѣють одинаковый для всѣхъ уставъ третейскаго разбирательства и къ участию въ ихъ судебной дѣятельности привлекается юридически образованный секретарь.

Составленный какою либо организаціею уставъ для третейскаго разбирательства является для сторонъ, изъясвившихъ свое согласіе передать свой споръ этому суду—*compromissum*'омъ, а для третейскихъ судей—*receptum*'омъ.

Разсматривая выставленныя пожеланія, нельзя не придти къ тому заключенію, что онѣ нисколько не противорѣчатъ истинной природѣ третейскаго договора и что съ законодательной точки зрѣнія эти правила вполне пріемлемы.

Всѣ же остальные пожеланія, высказываемыя въ нѣкоторыхъ торговыхъ кругахъ и поддерживаемыя въ литературѣ, какъ то: 1) установленіе принудительной подсудности, 2) приведеніе въ исполненіе приговоровъ торговыхъ третейскихъ судовъ или безъ всякаго участія со стороны коронныхъ судовъ, или безъ формальной провѣрки ихъ коронными судами, 3) предоставленіе третейскимъ судамъ права приводить къ присягѣ свидѣтелей, экспертовъ и пр.—должны быть категорически законодателемъ отвергнуты. Удовлетвореніе этихъ пожеланій поведетъ къ тому, что, вмѣсто третейскихъ судовъ, будутъ организованы профессиональные торговые суды.

Что касается вопроса о томъ, чтобы иностранные третейскіе приговоры, какъ непосредственно вытекающіе изъ договора сторонъ, безъ особыхъ формальностей приводились бы въ исполненіе и за границу, то въ данномъ случаѣ всецѣло можно присоединиться къ пожеланіямъ, высказаннымъ старшинами берлинскаго купечества, а именно: 1) вступившіе въ законную силу иностранные третейскіе приговоры исполняются безъ матеріальной ихъ провѣрки по существу; 2) приказъ объ исполненіи выдается короннымъ судомъ по просьбѣ заинтересованной стороны безъ предъявленія новаго иска и 3) въ исполненіи должно быть отказано въ случаяхъ: а) если третейскій приговоръ содержитъ въ себѣ пункты, противорѣчащіе требованіямъ публичнаго права исполняющаго государства, б) если приговоръ состоялся не въ соотвѣтствіи съ третейскимъ договоромъ.

Въ качествѣ особой заслуги постояннымъ торговымъ третейскимъ судамъ слѣдуетъ поставить то немаловажное обстоятельство, что они сумѣли завоевать себѣ выдающееся положеніе среди торгового класса, удовлетворяютъ серьезной практической потребности торгового оборота и съ успѣхомъ замѣняютъ коронные суды, несмотря на то, что они или совсѣмъ не регламентированы законодательствомъ (русскія арбитражныя комиссіи), или пользуются немногими постановленіями для случайныхъ третейскихъ судовъ (Германія и Англія), или, наконецъ, проявляютъ свою дѣятельность даже и въ томъ случаѣ, когда они черезъ-чуръ опутаны подробной законодательной регламентаціей, гдѣ смѣшаны элементы профессиональнаго суда и добровольнаго третейскаго разбирательства (австрійскіе биржевые третейскіе суды).

Рглавленіе.

Предисловіе. I—III

Отдѣлъ I.

ИСТОРИЧЕСКІЙ ОЧЕРКЪ.

I. Институтъ третейскаго суда въ римскомъ правѣ.

A. До-преторскій періодъ.

Законы XII таблицъ. *Judex* и *arbiter*. Условія допущенія частныхъ судей. Способъ избранія судей. *Recuperatores*. Компетенція третейскихъ судей. *Arbitratus* 1—9

B. Преторскій эдиктъ.

Rescriptum arbitrii. Принужденіе и воспрещеніе со стороны претора, какъ гарантіи правильнаго исполненія компромисса. Содержаніе компромисса. *Sententia*. Стипулированная роена. Случаи недѣйствительности рѣшенія. *Arbiter in contractibus adjectus*. Примѣненіе компромисса при торговыхъ сдѣлкахъ 9—24

B. Императорская эпоха.

Злоупотребленія институтомъ третейскаго суда. Измѣненіе приговоровъ третейскихъ судовъ. Искривленіе природы института третейскихъ судовъ предписаніями императоровъ 24—27

II. Каноническое право.

Третейскій судъ епископовъ. Разногласіе среди романистовъ о принудительномъ характерѣ этого суда. Судьба третейскаго суда епископовъ послѣ паденія Римской имперіи 28—32

III. Средніе вѣка. Возникновеніе торговыхъ третейскихъ судовъ.

A. Италія.

Примѣненіе третейскихъ судовъ при торговыхъ спорахъ. *Gonsules maris, consules mercatorum. Consolato del Mare. Capitulare nauticum* венеціанцевъ 32—38

Б. Франція.

Тулузская и Руанская биржи. Эдиктъ Франциска II, изданный въ 1560 г. о принудительныхъ торговыхъ третейскихъ судахъ. Торговый ордонансъ Людовика XIV, изданный въ 1673 г. 38—39

В. Германія.

Вліяніе римскаго и каноническаго права на развитіе третейскихъ судовъ. Автономныя купеческія корпораціи. Третейскій приговоръ безъ принудительнаго исполненія . . 39—42

Г. Англія.

Уставъ Вильгельма III, регламентирующий третейскій судъ для коммерсантовъ. Компетенція третейскаго суда распространяется только на личныя обязательства 42—44

Д. Третейскій судъ въ древней Руси.

Новгородская судная грамота. Договорныя грамоты удѣльныхъ князей. Соборное Уложеніе царя Алексѣя Михайловича 1649 г. Торговый судъ ивановскаго купечества въ Новгородѣ 1135 г. Новоторговый уставъ 1667 г. 44—49

IV. Положеніе института третейскаго суда въ современныхъ законодательствахъ.

А. Франція.

Декретъ 24 августа 1790 г. Декларация правъ 1791 г. Проекты Кондорсе и Геро-де-Сешелля. Конституція 24 іюля 1793 г. Публичные третейскіе судьи. Установленіе обязательнаго третейскаго суда декретами 2 окт., 2 и 30 ноября 1793 г. Реакція противъ принудительнаго третейскаго суда. Органический законъ 8 марта 1800 г. Code de procédure civile 1806. Code de commerce 1807. Уничтоженіе принудительныхъ торговыхъ третейскихъ судовъ въ 1856 г. 50—59

Б. Швейцарія.

Реформа женевскаго законодательства. Уничтоженіе принудительныхъ торговыхъ третейскихъ судовъ въ 1864 г. Вліяніе французскаго и нѣмецкаго права на законодательства отдѣльныхъ швейцарскихъ кантоновъ 60—62

В. Англія.

Arbitration Act отъ 26 августа 1889 г. The London Arbitration Rule при торговыхъ спорахъ. Жалобы иностранцевъ на способъ избранія третейскихъ судей. Chamber of arbitration 62—66

Г. Германія.

Германскій уставъ гражданскаго судопроизводства въ изданіи 1898 г. Постоянные торговые третейскіе суды въ Германіи. Ихъ распространенность и успѣшная дѣятельность. Борьба германскаго гандельстага противъ неудовлетворительной постановки англійскаго арбитража съ помощью международныхъ конференцій. Германо-нидерландскій контрактъ 67—76

Д. Австрія.

Австрійскій уставъ гражданскаго судопроизводства въ изданіи 1895 г. Биржевые третейскіе суды. Критика этихъ судовъ 76—86

Е. Россія.

Положеніе о третейскомъ судѣ 1831 г. Уставъ гражданскаго судопроизводства. Законъ 1887 г. Подозрительное отношеніе къ дѣятельности третейскихъ судовъ со стороны законодательства, судебной практики и представителей юридической литературы. Биржевые третейскіе суды. Практика правительствующаго сената. Проектъ правилъ о биржевомъ судѣ 1903 г. 86—106

V. Современныя воззрѣнія на природу третейскаго договора и договора сторонъ съ третейскими судьями. (Compromissum u receptum).

Теоріи, опредѣляющія третейскій договоръ, какъ публично-правовой договоръ. Пророгаціонный договоръ. Процессуальный договоръ. Новація. Третейскій договоръ и мировая сдѣлка. Третейскій договоръ—частно-правовой договоръ 107—123

Договоръ сторонъ съ третейскими судьями. (Receptum). Публично-правовой характеръ ресептум'а. Частно-правовой характеръ ресептум'а. Мандатъ. Договоръ подобный мандату. Договоръ о производствѣ заказанной работы (Werkvertrag). Наемъ услугъ. Экспертъ. Самостоятельный договоръ, основанный на принципѣ гражданскаго права 123—133

VI. Общіе выводы 134—138

О т д ѣ л ъ II.

ТОРГОВЫЕ ТРЕТЕЙСКІЕ СУДЫ.

I. Значеніе постоянныхъ третейскихъ судовъ въ современномъ торговомъ оборотѣ.

Практическая потребность въ третейскихъ судахъ. Непримѣнимость коронныхъ судовъ при разрѣшеніи торговыхъ споровъ. Созданіе профессиональных судовъ. Биржевые третейскіе суды. Возникновеніе торговыхъ третейскихъ судовъ. Преимущества постоянныхъ третейскихъ судовъ предъ случайными. 139—149

II. Компетенція торговыхъ третейскихъ судовъ.

A. Субъективныя условія.

Добровольная и принудительная подсудность. Австрійская система. Участіе въ третейскомъ судѣ торговаго довѣреннаго, торговаго агента, комми-вояжера, маклера, адвокатовъ. Положеніе цессіонарія. Преемство по наслѣдству. Открытіе конкурса. Поручитель. 150—160

Б. Объективныя условія.

Принудительная подсудность при биржевыхъ сдѣлкахъ въ Австріи. Будущіе споры. Срочныя сдѣлки. Компенсація. Сальдо. Искъ по векселю. Мировая сдѣлка. Судебныя издержки 160—177

Б. Формальныя условія.

Заключеніе третейскаго договора. Устная и письменная форма. Подписи на третейскомъ договорѣ. Заключеніе договора по телеграфу. Прекращеніе третейскаго договора. Главный договоръ со включеніемъ условія о третейскомъ разбирательствѣ 177—188

III. Составъ торговаго третейскаго суда.

Избраніе третейскихъ судей. Договоръ сторонъ съ третейскими судьями. Мнѣніе Геллера. Участіе въ третейскомъ судѣ юридически образованнаго секретаря. Отводъ третейскихъ судей. Отвѣтственность третейскихъ судей . . 189—199

IV. Судопроизводство въ торговыхъ третейскихъ судахъ.

A. Публичность судопроизводства.

Германская и австрійская системы. Случаи устраненія публичности 200—202

- Б. Веденіе судебного засѣданія.
Дисциплинарная власть предсѣдателя. Удаленіе сторонъ изъ залы засѣданія. Группировка матеріала. Руководительство предсѣдателя. Постановленіе приговора 202—203
- В. Представительство въ торговомъ третейскомъ судѣ.
Устраненіе адвокатуры. Замѣчанія Нуссбаума. Австрійская система. Представительство членовъ биржи. Положеніе торговаго маклера. Довѣренность на представительство . 204—206
- Г. Допросъ сторонъ, свидѣтелей и экспертовъ.
Австрійская и германская системы. Сложность германской системы. Участіе коронныхъ судовъ. Замѣчаніе Нуссбаума. Англійская система 206—213
- В. Право, примѣняемое въ торговыхъ третейскихъ судахъ.
Нормы принудительнаго права. Диспозитивныя нормы. Австрійское и германское законодательство. Опасенія, что третейскіе суды могутъ впасть въ противорѣчіе съ дѣйствующимъ правомъ. Неосновательность подобныхъ опасеній. Различіе между дѣятельностью короннаго и третейскаго судьи. Недѣйствительность третейскаго договора, направленнаго на обходъ принудительныхъ нормъ закона. Примѣненіе торговыхъ обычаевъ 214—223
- VI. Приговоръ третейскаго суда.
Австрійское законодательство. Англійское законодательство. Германское законодательство. Критика и предложенія Нуссбаума. Юридическія послѣдствія приговора для сторонъ и ихъ правопреемниковъ.
Толкованіе третейскихъ приговоровъ. Исправленіе и дополненіе приговора. Искъ объ исполненіи приговора. Критика и предложеніе Нуссбаума.
Приговоры русскихъ арбитражныхъ комисій. Обмѣнъ мнѣній между членами Всероссійскаго съѣзда представителей биржевой торговли. Неудовлетворительность предложеній. Необходимость общаго пересмотра дѣйствующаго у насъ законодательства о третейскихъ судахъ 224—238
- VII. Отмѣна третейскаго приговора.
Австрійское законодательство. Германское законодательство. Обязательныя предписанія процессуальныхъ кодексовъ. *Negotia turpia*. Отсутствіе сторонъ или ихъ представите-

лей. Неудовлетворительность мотивовъ въ третейскомъ приговорѣ. Возможность реституціоннаго иска. Критика и предложенія Нуссбаума. При отмѣнѣ приговора третейскій договоръ остается въ силѣ. Англійское законодательство 239—250

VIII. Иностраннѣй третейскій приговоръ.

Понятіе иностраннаго третейскаго приговора. Условія исполнимости третейскаго приговора за границею. Третейскій приговоръ есть послѣдствіе договора сторонъ, а не авторитетный актъ государства. Компетентность суда. Приговоры обязательныхъ третейскихъ судовъ. Избраніе третейскаго судьи при участіи короннаго суда. Возраженіе Гегера. Англійское и германское право. Практика правительствующаго сената въ Россіи. Неустойчивость этой практики. Неправильное толкованіе истинной природы третейскаго договора русскими юристами 251—269

IX. Попытки къ объединенію нормъ международной судебной защиты.

Резолюція международнаго конгресса торговыхъ палатъ въ Миланѣ. Невозможность международнаго объединенія законодательствъ по приведенію въ исполненіе рѣшеній коронныхъ судовъ. Различность компетентности судебныхъ инстанцій въ отдѣльныхъ государствахъ. Противодѣйствіе Англии. Неудовлетворительность системы международныхъ договоровъ. Суверенитетъ государствъ. Возможность исполненія третейскихъ приговоровъ, какъ основанныхъ на волеизъявленіи сторонъ. Резолюціи старшинъ берлинскаго купечества и комитета германскаго торговаго съѣзда 270—280

X. Заключительные выводы 270—285