Международный коммерческий арбитражный суд и
Морская арбитражная комиссия
при Торгово-промышленной палате Украины

М А Т Е Р И А Л Ы

первых Международных арбитражных чтений памяти академика Побирченко И.Г.

15 ноября 2013 года

Киев 2014

Материалы первых Международных арбитражных чтений памяти академика Побирченко И.Г. Сборник докладов. МКАС при ТПП Украины. – К.: 2014, - 165 с.

В сборник вошли доклады и выступления участников первых Международных арбитражных чтений, посвященных памяти академика Побирченко И. Г. Чтения прошли 15 ноября 2013 года в г. Киеве, Украина. Доклады размещены согласно программе конференции и изложены в том виде, в котором их представили авторы.

Сборник будет полезен для практикующих юристов, судей государственных и третейских судов, специалистов в сфере внешнеэкономической деятельности, научных работников, преподавателей и студентов юридических вузов.

© Коллектив авторов, 2013

© МКАС при ТПП Украины, 2013

ОГЛАВЛЕНИЕ

Выступление председателя МКАС и МАК при ТПП Украины **Селивона Н.Ф.** при открытии первых Международных арбитражных чтений памяти академика Побирченко И.Г. 5

Приветственное слово Президента Торгово-промышленной палаты Украины **Чижикова Г.Д.** при открытии первых Международных арбитражных чтений памяти академика Побирченко И.Г. 8

Святоцкий А. Д. *(Украина).* Академик Побирченко Игорь Гаврилович - патриарх украинского арбитража 10

Селивон Н.Ф. *(Украина).* Взгляды академика И.Г. Побирченко на правовое положение международных арбитражных институтов в государстве и статус арбитров.....14

Щербина В.С. *(Украина).* Академик И.Г. Побирченко – ученый и педагог.....18

Захарченко Т.Г. *(Украина).* Презентация книги «Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП Украины по рассмотрению внешнеэкономических споров за 2006 – 2010 годы».....21

Иванова Ружа *(Болгария).* Контрольная функция и функция содействия государственных судов: законодательство, теория и практика 25

Kaj Hober *(Sweden).* Enforcement and Execution of Arbitral Awards and Sovereign Immunity 38

Белоусов П. *(Украина).* Пределы допустимого вмешательства суда в международный арбитраж в Украине: обзор законодательства и судебной практики 51

Кот А.А. *(Украина).* Защита прав в международных коммерческих арбитражах: общие подходы и особенности процедур в различных арбитражных институтах.....56

Удрис Зиедонис *(Латвия).* Обращение в третейский суд и конституционное право на судебную защиту в контексте постановления Конституционного суда Латвийской Республики от 17 января 2005 года.....63

Чирич Александр *(Сербия).* Международный торговый арбитраж: применение автономных источников права.....80

Подцерковный О.П. *(Украина).* О необходимости деформализации подходов к способам защиты нарушенных прав и интересов в арбитражной и судебной практике.....93

Сулейменов М.К., Дуйсенова А.Е. *(Республика Казахстан).* Изменения в законодательстве Республики Казахстан о международном коммерческом арбитраже.....98

Крупчан А.Д. *(Украина).* Автономия воли сторон при определении арбитражной процедуры и ее пределы. Императивные нормы места арбитража.....112

Белоглавек Александр *(Чешская Республика).* Природа арбитража и взаимодействие с защитой основных прав.....119

Жукова Галина *(Франция).* Руководящие принципы МАЮ относительно представительства сторон в международном арбитраже.....141

Белых В.С. *(Российская Федерация).* Арбитрабельность корпоративных споров в международном коммерческом суде.....153

Сухожа Йозеф *(Словакия).* Открытые вопросы арбитражного разбирательства в коммерческих делах Словацкой Республики.....156

ВЫСТУПЛЕНИЕ ПРЕДСЕДАТЕЛЯ МКАС И МАК ПРИ ТПП УКРАИНЫ СЕЛИВОНА Н.Ф. ПРИ ОТКРЫТИИ ПЕРВЫХ МЕЖДУНАРОДНЫХ АРБИТРАЖНЫХ ЧТЕНИЙ ПАМЯТИ АКАДЕМИКА ПОБИРЧЕНКО И.Г.

Уважаемые участники конференции!

Прежде всего, хочу выразить признательность всем вам за проявленный интерес и участие в первых Международных арбитражных чтениях, посвященных памяти академика Побирченко И.Г. Надеюсь, они будут проведены на должном уровне, внесут свой посильный вклад в развитие теории и практики международного коммерческого арбитража и тем самым будут полезны для каждого участника. Для этого, на мой взгляд, существуют все предпосылки.

Как свидетельствует опыт, проводимые конференции, симпозиумы, круглые столы и т.п. мероприятия в большинстве случаев посвящены прикладным проблемам арбитража и этому есть свое объяснение и своя востребованность такой предметной направленности. Организаторы этого действа выбрали такую форму проведения конференции как чтения, которая, по их мнению, позволяет органично соединить теоретические идеи в области международного арбитража с практическими наработками, что повысит коэффициент полезного действия конференции.

Арбитражные чтения организованы МКАС и МАК при ТПП Украины при участии Научно-исследовательского института частного права и предпринимательства НАПрНУ под патронатом лично Президента ТПП Украины Г.Д. Чижикова, за что мы ему признательны.

Позвольте первые Международные арбитражные чтения объявить открытыми.

Сегодня, 15 ноября, исполняется 90 лет со дня рождения академика И.Г. Побирченко. Именно этой дате посвящены первые Международные арбитражные чтения в знак уважения к этому выдающемуся человеку, о котором еще много здесь будет сказано. Признанием его заслуг было торжественное открытие вчера на доме, где последние 30 лет жил и творил И.Г. Побирченко, мемориальной доски. В этом акте принимали участие многие из присутствующих в зале участников арбитражных чтений. Думаю, что лучшим для памяти И.Г. Побирченко будет плодотворная работа нашей конференции, направленная на совершенствование международного арбитража. Этому способствуют как вынесенные на обсуждение вопросы, так и состав участников. На обсуждение трех сессий вынесено, по существу, два блока вопросов: государство и арбитраж, а также каковы перспективы и направления развития арбитража в будущем. Причем по первой тематике планируется рассмотреть следующие важные проблемы: состояние и пределы правового регулирования статуса и деятельности международного арбитража со стороны государства; и вторая – политика государственных судов в отношении арбитражных институтов и их решений. О значимости этого вопроса говорит уже устоявшееся мнение о том, что эффективность арбитража во многом зависит от отношения государственных судов к нему.

По информации секретариата конференции зарегистрировалось около 120 участников из 15 стран мира (Австрии, Беларуси, Болгарии, Казахстана, Латвии, Молдовы, Нидерландов, Норвегии, Польши, РФ, Сербии, Словакии, Франции, Швеции и Украины). Это, прежде всего, руководители многих постоянно

действующих центров, специалисты в области международного коммерческого арбитража, большинство из которых пользуется заслуженным авторитетом в мировом арбитражном сообществе. Особо следует отметить участие в конференции представителя ЮНСИТРАЛ, юридического советника Джулии Саласки. Как известно, Комиссия ООН по праву международной торговли много сделала для унификации и развития международного арбитража в мире, формирования стандартов для арбитража, и мы с интересом послушаем информацию о дальнейших планах этой уважаемой организации в области арбитража. Проявили интерес не только практикующие юристы в области внешнеэкономической деятельности и арбитража, но и представители академической и вузовской науки, в частности, Российской Федерации, Республики Беларусь, Казахстана, Украины (города Киев, Одесса, Львов и Хмельницк). Мощно представлены иностранные и украинские юридические фирмы. Что особенно важно, в работе конференции принимают участие представители производственного бизнеса и многих региональных палат Украины. Не могу не отметить участия студентов и аспирантов высших учебных заведений не только в Киеве, но и Донецка и Львова. Особо хочу подчеркнуть, что в работе конференции принимают участие представители судебной власти Украины, в частности, судьи всех звеньев судов: районных, апелляционного, высших специализированных судов и Верховного Суда Украины, заместитель Председателя Высшего специализированного суда Украины по рассмотрению гражданских и уголовных дел, представители некоторых министерств Украины, а также Министр юстиции Украины и его заместитель.

Такой состав участников арбитражных чтений позволяет мне надеяться на плодотворную дискуссию, а участие представителей государственных органов Украины указывает на то значение, которое Украина придает международному арбитражу как эффективному способу разрешения споров в сфере внешней торговли.

Украина еще в шестидесятых годах прошлого столетия стала членом двух основоположных конвенций по международному коммерческому арбитражу, а Закон Украины «О международном коммерческом арбитраже» полностью воспроизводит текст Типового закона о торговом арбитраже ЮНСИТРАЛ. Однако существуют пробелы и требует совершенствования законодательная регламентация арбитража, а отдельные решения государственных судов не учитывают их ограниченной компетенции в отношении арбитражных решений, что судебное вмешательство возможно лишь в случаях, прямо предусмотренных в Законе. Очень важно, что представители судебной власти Украины активно участвуют в нашей конференции, что говорит об их внимании, которое уделяется арбитражу.

В зале присутствуют члены семьи И.Г. Побирченко, вдова – Галина Андреевна, дочки – Татьяна и Оксана, внук – Андрей. Уважаемые близкие Игоря Гавриловича, мы гордимся, что работали вместе с Вашим мужем, отцом и дедом и чтим его память.

Слово для приветствия предоставляется:

Президенту Торгово-промышленной палаты Украины Г.Д. Чижикову;

Министру юстиции Украины Лукаш Елене Леонидовне;

Заместителю Председателя Высшего специализированного суда Украины Гвоздику Павлу Александровичу.

Хочу также отметить, что приветствие прислал и председатель Комитета Верховной Рады Украины по вопросам верховенства права и правосудия Сергей Васильевич Кивалов, в котором он, сожалея о том, что не сможет принять участия в конференции из-за зарубежной командировки, отмечает актуальность и социальную значимость поднятых на конференции вопросов и желает успехов в ее работе. Кстати, в этом Комитете находится на обсуждении законопроект об обеспечительных мерах в поддержку международного арбитража, в котором путем внесения изменения, главным образом, в Гражданский процессуальный кодекс Украины регламентирован порядок рассмотрения государственным судом заявления сторон арбитражного разбирательства либо арбитражного соглашения о принятии мер по обеспечению иска, поданного в арбитраж, и условия принятия судом таких мер.

Давайте поблагодарим высоких гостей за добрые пожелания и толерантное отношение к арбитражу и пожелаем им успехов в их государственной деятельности, а также презентуем им книгу «Практика МКАС при ТПП Украины по рассмотрению внешнеэкономических споров за 2006-2010 годы».

Продолжаем нашу работу.

ПРИВЕТСТВЕННОЕ СЛОВО ПРЕЗИДЕНТА ТОРГОВО-ПРОМЫШЛЕННОЙ ПАЛАТЫ УКРАИНЫ ЧИЖИКОВА Г.Д. ПРИ ОТКРЫТИИ ПЕРВЫХ МЕЖДУНАРОДНЫХ АРБИТРАЖНЫХ ЧТЕНИЙ ПАМЯТИ АКАДЕМИКА ПОБИРЧЕНКО И.Г.

Уважаемые дамы и господа!

Проведение первых Международных арбитражных чтений, посвященных памяти академика Побирченко И.Г., является знаковым событием для юридического и бизнесового сообщества и не только Украины. Во-первых, судя по программе конференции и сообщению ее организаторов, здесь собрались видные специалисты в области международного арбитража из многих стран мира, и предстоит плодотворная дискуссия, имеющая как теоретическое, так и прикладное значение. Обращает на себя внимание также и форма конференции – академические чтения, позволяющие привлечь к разговору лучших представителей науки и практики в области международного частного права, арбитража, и такой симбиоз, как правило, дает хорошие результаты: можно поделиться идеями и опытом, получить ценную информацию, выбрать лучшую мировую практику для внедрения в деятельность международных арбитражных институтов и юридических фирм.

Во-вторых, чтения посвящены памяти академика Игоря Гавриловича Побирченко – выдающейся личности, роль которого мы еще не до конца осознали не только как организатора международного коммерческого арбитража в Украине, но и видного ученого и общественного деятеля, внесшего неоценимый вклад в становление украинского независимого государства и в развитие юридической науки.

В-третьих, значимость этой конференции определяется также и признанием ценности арбитража как метода урегулирования споров, возникающих в сфере международных экономических связей. В своей деятельности мы исходим из того, что Торгово-промышленная палата Украины является неправительственной, стоящей вне политики бизнес- ассоциацией, важным элементом гражданского общества, основной задачей которой является поддержка и лоббирование интересов субъектов предпринимательства в государственных органах, содействие развитию экономики Украины как посредством стимулирования внутреннего рынка, так развития внешнеэкономического сотрудничества. Особенно важна эта часть нашей деятельности в связи со стратегической целью нашей страны на углубление сотрудничества с Европейским Союзом и подписанием Соглашения об ассоциации Украины с ЕС, которое включает в себя и зону свободной торговли. Это создает мощные дополнительные политические, организационные, экономические и правовые механизмы для интегрирования Украины в Европейское Сообщество и мировую экономическую и правовую системы.

Международный арбитражный суд и Морская арбитражная комиссия как постоянно действующие при ТПП Украины арбитражные учреждения выполняют важную функцию в реализации этой задачи. 20-летний опыт их деятельности показал, что такие институты востребованы бизнесовым сообществом для разрешения внешнеэкономических споров. За период своего функционирования МКАС при ТПП Украины рассмотрел споры с участием сторон из 110 стран мира.

Как видно из программы чтений, на обсуждение выносятся многие актуальные вопросы международного арбитража. В частности, это злободневная и, наверное, вечная тема о воздействии государства на арбитраж, пределы правового регулирования государством функционирования международного арбитража, о взаимодействии государственных судов и арбитража, о политике судов в отношении арбитража при рассмотрении заявлений об отмене арбитражных решений и их принудительном исполнении.

Подытоживая проблему воздействия государства на международный арбитраж, можно сказать, что необходимо найти тот баланс между государственной регламентацией и свободой действия арбитража, позволяющий сохранить лучшие качества арбитража как эффективного способа разрешения споров: оперативность, демократические процедуры арбитражного разбирательства, окончательность арбитражного решения и невозможность его пересмотра государственным судом по сути, международный механизм исполнения решений арбитража и, наконец, независимость, беспристрастность и объективность арбитража. Касаясь последнего, как Президент Торгово-промышленной палаты хочу заявить, что функционирующие при Палате МКАС и МАК являются самостоятельными и независимыми арбитражными учреждениями. Палата, никоим образом не вмешивается ни в деятельность арбитража, ни тем более в процесс арбитражного разбирательства споров, она лишь оказывает содействие МКАС и МАК в материально-техническом и другом обеспечении, во внедрении новых технологий и т.п.

Исходя из того, что основа успеха арбитража это, прежде всего, компетентные, непредвзятые и независимые арбитры и что стороны имеют право рассчитывать на их объективную и профессиональную безупречность, Торгово-промышленная палата Украины к утверждению Рекомендательных списков МКАС и МАК при ТПП Украины всегда подходила и подходит очень тщательно.

Для совершенствования арбитражного разбирательства и правового регулирования международного коммерческого арбитража на национальном и международном уровнях необходим постоянный обмен опытом и идеями.

Надеюсь, что проводимые арбитражные чтения внесут свой вклад в развитие международного арбитража, и каждый из участников сможет почерпнуть полезные сведения для применения в своей работе.

Желаю участникам первых Международных арбитражных чтений памяти академика И.Г. Побирченко плодотворной работы, а гостям Киева также приятного пребывания в столице Украины.

АКАДЕМИК ПОБИРЧЕНКО ИГОРЬ ГАВРИЛОВИЧ – ПАТРИАРХ УКРАИНСКОГО АРБИТРАЖА

А. Д. Святоцкий (Украина),

главный редактор журнала «Право Украины»,
доктор юридических наук, профессор,
академик НАПрН Украины

В любой сфере человеческой деятельности есть люди, обладающие общепризнанным авторитетом, основанным на знаниях, опыте и профессионализме.

Поэтому по праву относим академика Побирченко Игоря Гавриловича к одному из наиболее авторитетных, заслужившему этот авторитет и уважение своей жизненной мудростью и компетентностью, огромной работоспособностью и самодисциплиной, чуткостью и человечностью.

Оглядываясь на свой жизненный путь, Почетный президент Международного арбитражного суда при ТПП Украины Игорь Гаврилович Побирченко оценивает свою жизнь как борьбу за справедливость. И это не высокопарные слова, а его жизненное и профессиональное кредо.

Не каждому судьба преподносит такую богатую жизнь.

Родился И. Побирченко 15 ноября 1923 г. в г. Киеве.

С 1 ноября 1941 г. по 9 мая 1945 г. боролся с фашистскими захватчиками в ходе Великой Отечественной войны на Южном, Северо-Кавказском и I Украинском фронтах. О его доблести и храбрости свидетельствуют боевые награды: два ордена Богдана Хмельницкого, орден Отечественной войны II степени, Именное огнестрельное оружие, 28 медалей, среди которых: советские «За отвагу», две — «За боевые заслуги», «За оборону Кавказа», «За освобождение Варшавы», «За освобождение Праги», «За взятие Берлина», американская — «За героизм», чехословацкая — «За храбрость» и другие.

После демобилизации из армии И. Побирченко учился в Киевской юридической школе, 16 лет находился на ответственной руководящей работе в органах государственного контроля, юстиции и государственного арбитража. В 1953 г. экстерном закончил юридический факультет Киевского государственного университета имени Тараса Шевченко. Через 11 лет защитил кандидатскую диссертацию, а в 1971 г. — докторскую. В 1972 г. ему присвоено ученое звание профессора. 28 лет жизни отдано столичному университету, где создал первую в бывшем Советском Союзе кафедру хозяйственного права, которую возглавлял в течение 16-ти лет, написал первые в Украине учебники по хозяйственному праву и арбитражному процессу, основал новое направление в юридической науке — «Хозяйственная юрисдикция». Имеет свыше 240 научных трудов, в том числе 12 монографий. Некоторые из них изданы на иностранных языках в Австрии, Болгарии, Великобритании, Нидерландах, России, Сербии, Словакии, Финляндии, Франции, Чехии, Швейцарии.

Игорь Гаврилович Побирченко подготовил целую плеяду ученых. Среди его учеников 10 докторов и кандидатов юридических наук, в том числе ученые из Вьетнама, Германии и Чехии. В 1990 г. ему присвоено почетное звание Заслуженный деятель науки и техники Украины, а через три года он избран академиком НАПрН Украины.

За весомый вклад в дело строительства независимой Украины известный правовед награжден орденами Ярослава Мудрого V и IV степени, Народного посольства и ТПП Украины — «За высокий профессионализм» и «Общественное признание», почетными грамотами Верховной Рады и двумя — Кабинета Министров Украины, имеет почетные знаки отличия Президента Украины, Конституционного суда Украины, Верховного Суда, Высшего хозяйственного суда Украины, Министерства юстиции, Министерства обороны, Министерства внутренних дел, Министерства экономики, Союза юристов Украины и другие награды.

В августе 1992 г. Президиум ТПП Украины назначил И. Побирченко председателем Международного коммерческого арбитражного суда, а через два года — и главой Морской арбитражной комиссии, которые под его руководством стали всемирно признанными институциями. В 2005 г. в номинации «Содружество Независимых Государств» в России И. Побирченко признан лауреатом высшей юридической премии «Фемида». Как международный арбитр высшей квалификации он введен в состав международных арбитражных судов 16 стран. В качестве иностранного арбитра неоднократно рассматривал дела в международных арбитражных судах Австрии, Беларуси, Российской Федерации, Сербии, Словакии, Швеции, где смог разрешить практически все внешнеэкономические споры в пользу Украины, защитив ее интересы на миллиарды долларов США.

Во время празднования 65-й годовщины Победы в Великой Отечественной войне в рубрике «Жизни продолжается» на Первом канале украинского телевидения ветеран И. Побирченко рассказал о своих боевых и трудовых подвигах длиной в 70 календарных лет и посоветовал будущему поколению дарить людям творческое вдохновение, проявлять оптимизм и желание работать во имя справедливости.

К сожалению, наступило время, когда годы войны, напряженного труда отражаются на здоровье, которое уже не выдерживает больших нагрузок. Чувствуя необходимость дать дорогу молодым, Игорь Гаврилович Побирченко в августе 2010 г. попросил освободить его от должности главы МКАСа.

Ввиду огромного практического опыта ветерана, его заслуг перед Украиной, Президиум ТПП Украины принял решение учредить как символ признания заслуг и выражения благодарности личности, способствовавшей своей деятельностью становлению и постоянному росту престижа МКАСа и МАКа, присвоить И. Побирченко титул «Почетный президент Международного арбитражного суда при ТПП Украины», оставив его в составе этого суда пожизненно.

В конце не могу не привести весомые аргументы, свидетельствующие о признании той огромной роли, которую сыграл и продолжает играть Игорь Гаврилович Побирченко в международно-правовых отношениях Украины, его авторитете среди специалистов.

Вот, что пишет Президенту ТПП Украины российский арбитр, председатель Арбитражного суда и член президиума МКАС при ТПП России, профессор С. Лебедев:

«Уважаемый Сергей Парфенович!

Благодарю за Ваше письмо от 20 августа 2010 г. в отношении отставки Побирченко И. Г.

Основываясь на опыте моей работы в международной сфере арбитража в течение многих лет, я полностью согласен с Вами относительно той

значительной роли, которую сыграл и продолжает играть Игорь Гаврилович в укреплении престижа МКАС при ТПП Украины, завоевав при этом большой авторитет среди специалистов в этой отрасли во многих странах.

Уверен, что сотрудничество между нашими арбитражами и арбитрами из России и Украины будет сохраняться и расширяться...»

А вот письмо С. Скрипченко от сербского арбитра, профессора А. Чирича:

«Многоуважаемый господин Президент,

Недавно я получил Ваше письмо, в котором извещаете меня о присвоении звания «Почетный президент Международного арбитражного суда при ТПП Украины» Заслуженному деятелю науки и техники Украины, доктору юридических наук, профессору, Народному послу Украины, академику И. Г. Побирченко...

С чувством особенной чести и с гордостью я могу назвать И. Г. Побирченко своим учителем еще с 1984 года и до сих пор...

На основании его доверия я стал арбитром Суда, который И. Г. Побирченко сделал самым престижным арбитражным институтом в Европе и в мире. Я горжусь своим статусом арбитра МКАС и всегда пытаюсь выполнять эти должностные обязанности на уровне его профессиональных требований. Общение с И. Г. Побирченко оставляет неизгладимое впечатление нового жизненного опыта, который помогает в профессиональном и личном планах. Для меня он навсегда — учитель-профессор, практик, теоретик, критик, арбитр, руководитель, друг...»

В письме на имя И. Г. Побирченко норвежский арбитр, доктор Г. Нердрум пишет:

«Я хочу выразить Вам благодарность за сотрудничество и за счастье знакомства с Вами. Вы всегда поражали своим профессионализмом, солидным опытом и практическими взглядами. Встречи с Вами всегда приносили мне много полезного и приятного. Позвольте пожелать Вам здоровья, счастья, веселья и выносливости в следующие годы».

А в дружеском письме от английского арбитра, члена Королевского института арбитров в Лондоне, доктора П. Рунеланда, отмечается:

«Ваше письмо дает мне возможность поздравить Игоря Гавриловича, чьей дружбой и ученым наставничеством я наслаждаюсь в течение уже многих лет, с присвоением ему звания «Почетный президент Международного арбитражного суда при ТПП Украины...»

Чешский арбитр, доктор юридических наук, профессор А. Белоглавек пишет:

«Я понимаю, что в эти дни Вы получаете множество писем, но все *же хочу присоединить свой голос к тем, кто благодарит Вас за вклад в поддержку правовой культуры, международного сотрудничества в отрасли права, равно как и непосредственно третейского судопроизводства — как в Украине, так и в международном контексте.*

Я выражаю свое глубокое уважение к Вашей работе, которая заслуживает наивысших похвал. Ваше имя навсегда останется в анналах международных правовых отношений. Вы являетесь примером человека, полностью отданного своей работе в наилучшем смысле этого слова. За свой вклад Вам по праву принадлежит благодарность — как от всех нас, так и от всего международного правового содружества.

Я горжусь тем, что у меня была возможность встречаться и общаться с Вами, хотя случаев для личных встреч у нас было очень мало. Тем большую радость я чувствую от того, что был внесен в список третейских судей

Вашего международного третейского суда именно в тот период, когда Вы патронировали эту организацию...»

Наконец, генеральный секретарь Арбитражного института Торговой палаты г. Стокгольма, шведский арбитр господин У. Франке так высказался об авторитете И. Г. Побирченко: «За сравнительно небольшой отрезок времени Международный коммерческий арбитражный суд при ТПП Украины стал высокоэффективным арбитражным учреждением, признанным и уважаемым во всем мире.

Мы считаем честью работать с таким профессионалом высокого класса и эрудитом, как Вы, и надеемся на продолжение сотрудничества.

Уверены, что МКАС при ТПП Украины еще долгие годы будет служить образцом беспристрастности при рассмотрении споров между субъектами хозяйственной деятельности, соблюдения законов».

К сожалению, 6 апреля 2012 года сердце И. Г. Побирченко перестало служить людям. Память об этом выдающемся человеке, внесшем неоценимый вклад в становление украинской государственности, развитие правовой науки, воспитание юридических кадров, в организацию международного коммерческого арбитража в Украине, будет вечно жить в нас. Маленькой толикой выражения благодарности Побирченко И. Г. станет организация ежегодных международных арбитражных чтений, посвященных его памяти.

ВЗГЛЯДЫ АКАДЕМИКА И.Г. ПОБИРЧЕНКО НА ПРАВОВОЕ ПОЛОЖЕНИЕ МЕЖДУНАРОДНЫХ АРБИТРАЖНЫХ ИНСТИТУТОВ В ГОСУДАРСТВЕ И СТАТУС АРБИТРОВ

Н.Ф. Селивон (Украина),

председатель МКАС и МАК при ТПП Украины

Мы мало внимания уделяем теоретическому наследию И.Г. Побирченко вообще, и в области международного арбитража в частности. Его изучение во многом объясняет те успехи, которых добились под его руководством арбитражные учреждения при ТПП Украины.

Во-первых, при исследовании его первых статей, интервью, выступлений по арбитражу поражает глубина его суждений и понимание сущности международного коммерческого арбитража как негосударственного юрисдикционного института, который имеет наднациональный характер и не входит в судебную систему страны. Государство должно только легитимизировать его деятельность на своей территории и регламентировать основные принципы организации арбитражного учреждения и основы арбитражного производства, а также вопросы контроля за арбитражем и исполнения арбитражных решений.

И.Г. Побирченко категорически выступал против проверки судом решений арбитража по существу, на предмет их законности. С присущей ему энергией он боролся против любого, даже мелкого нарушения, закрепленного в ст. 5 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже принципа: не допускается никакое судебное вмешательство по вопросам, регулируемым Типовым законом, кроме как в случаях, когда оно предусмотрено Законом. Заметьте, что эти революционные по тем временам позиции отстаивал человек, который был ярым сторонником концепции существования хозяйственного права, создателем кафедры хозяйственного права Киевского госуниверситета, а, как известно, предметом регулирования хозяйственного права является определение направлений, форм и методов государственного регулирования хозяйственной деятельности. Таким образом, профессор Побирченко И.Г. сразу же воспринял наработанные мировым сообществом и практикой демократические начала организации и функционирования международного коммерческого арбитража, принцип ограниченного воздействия государства на этот институт.

Во-вторых, первые дни работы МКАС при ТПП Украины показали недостаток правового регулирования его деятельности и, что особенно важно, регулирования на высшем, законодательном уровне. Началась борьба Игоря Гавриловича в Минюсте, высших судебных органах, Генеральной прокуратуре, в комиссиях Верховной Рады Украины за необходимость принятия Закона Украины о международном коммерческом арбитраже.

Но главное – содержание этого Закона. И вот здесь неутомимая энергия, интеллект, искусство убеждать Игоря Гавриловича проявились в полной мере. То, что в Украине Закон о международном коммерческом арбитраже полностью воспроизводит с некоторыми добавлениями текст Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже, заслуга академика Побирченко. Это позволило организовать работу МКАС и МАК по международным стандартам и явилось одним из условий их успешной деятельности. Без малого 20 лет работает

этот Закон, и он доказал свою эффективность. Без него или с принятием Закона иного содержания развитие арбитража в Украине пошло бы по иному, худшему пути.

В-третьих, Принятие современного закона об арбитраже позволило И.Г. Побирченко, как председателю МКАС и МАК, оформить путем принятия Регламентов арбитражных институтов и Положений об арбитражных сборах и расходах деятельность МКАС и МАК. Например, третьи редакции Регламентов МКАС и МАК 2007 года с некоторыми последующими изменениями отвечают всем современным стандартам, о чем неоднократно высказывались представители известных юридических фирм, которые применяют положения этих регламентов на практике. А они в большинстве случаев скрупулезно, а иногда и критически анализируют деятельность наших арбитражных учреждений.

Достоинства Регламентов:

а) при закреплении всех демократических принципов арбитражного разбирательства, прав сторон на формирование состава арбитража, определение применимого права и языка арбитражного разбирательства и его процедуры, Регламенты вместе с тем четко определяют права и обязанности сторон, требования, предъявляемые к арбитрам, временные границы каждой стадии арбитражного разбирательства, сроки оформления арбитражного решения и направления его сторонам;

б) в Регламентах закреплена активная роль секретариатов, которые, не ущемляя независимости арбитров в подготовке дела к арбитражному разбирательству, при разрешении спора и вынесении решения, являются связывающими звеньями между арбитрами и сторонами, осуществляют техническую и организационную работу по подготовке и проведению арбитражного процесса по делу, что дает возможность составу арбитража сосредоточиться на сути спора.

в) в Регламентах и Положениях о МКАС и МАК председатель МКАС и МАК, кроме функций по организации деятельности арбитражных учреждений, наделен определенными процессуальными правами. В частности, он:

- принимает постановления о принятии дела к производству по факту предъявления надлежащим образом оформленного искового заявления, оплаченного регистрационным сбором;
- выносит, до сформирования состава арбитража, постановления о прекращении арбитражного разбирательства;
- принимает, до сформирования состава арбитража, по просьбе какой-либо стороны, если сочтет эту просьбу обоснованной, постановления об установлении формы и размера обеспечения иска.

Указанные права позволяют оперативно решать процессуальные вопросы, в частности отказаться от затратного института чрезвычайного арбитра, в компетенцию которого, как явствуют регламенты отдельных арбитражных институтов, входит рассмотрение, до сформирования состава арбитража, ходатайств о принятии обеспечительных мер.

В-четвертых. Большое значение для понимания сути арбитража, как внесудебного органа по рассмотрению споров, является определение правового статуса арбитра. Этому вопросу И.Г. Побирченко уделял особое внимание, что было обусловлено также и привлечением к выполнению функций арбитров МКАС и МАК при ТПП Украины опытных специалистов высших органов власти. На основе анализа законодательства и международных договоров Украины И.Г. Побирченко пришел к следующим выводам о статусе арбитров.

Особенностью и одновременно преимуществом арбитража является то, что споры рассматриваются арбитрами, которых избирают стороны. Арбитрами могут быть как граждане Украины, так и иностранные граждане, обладающие специальными знаниями и опытом. Для оказания сторонам помощи в выборе арбитров Президиум ТПП Украины утверждает на 5 лет Рекомендательные списки арбитров МКАС и МАК.

Включение в Список не является назначением на должность. У МКАС и МАК нет штатных и нештатных арбитров. Включение лица в Список является лишь рекомендацией сторонам спора избирать этих лиц арбитрами для рассмотрения спора как специалистов высокой квалификации. Подписывая заявление о принятии функций арбитра, арбитр лишь обязуется компетентно, независимо и непредвзято рассмотреть спор и раскрыть информацию о конфликте интересов.

Поэтому выполнение им функций арбитра не является работой по совместительству либо совмещение должностей. Арбитр не имеет никаких прав и обязанностей, предусмотренных трудовым законодательством либо гражданско-правовым договором. Ни трудовой договор, ни гражданско-правовая сделка с ним не заключается.

При этом деятельность арбитра носит творческий характер, поскольку он не только должен знать национальное законодательство и международные договоры Украины, правовые системы других стран, Lex mercatoria, но и правильно применять их с учетом конкретных обстоятельств дела. По сути это научно-аналитическая работа. Исходя из творческого характера выполняемых арбитром функций, он поэтому получает гонорар, а не заработную плату.

И.Г. Побирченко боролся за то, чтобы в Списках арбитров МКАС и МАК были не только компетентные, но и честные, порядочные с высокими морально-этическими характеристиками специалисты. Он каленым железом выжигал любые, даже маленькие проявления нечистоплотности, предвзятости, неравноправного отношения к сторонам. За всю 20-летнюю историю деятельности МКАС были три случая исключения арбитра из Списка.

Вот таковы позиции И.Г. Побирченко по правовому статусу арбитра. Примечательно, что на заседании Европейской арбитражной группы, которое состоялось 4 октября 2013 года в Софии, при обсуждении этого вопроса большинство представителей арбитражных институтов высказали аналогичные позиции, что еще раз подчеркивает глубину и фундаментальность взглядов академика.

В-пятых. В теории и практике арбитража существует два подхода в исследовании составом арбитража обстоятельств дела. Один из них, назовем его условно пассивным, исходит из того, что состав арбитража ограничивается лишь теми доказательствами, которые предоставлены сторонами. При таком подходе не исключены случаи, когда арбитражное решение будет вынесено в пользу той стороны, которая проявила большие усилия и изобретательность в предоставлении документов и иных доказательств, чем пассивная сторона, которая просто не доказала свою правоту. Тем самым такое решение не соответствует фактическим обстоятельствам.

И.Г. Побирченко придерживался иной позиции, суть которой состоит в том, что состав арбитража при рассмотрении спора должен «докопаться» до объективной истины.

Соблюдение принципа объективной истины означает всестороннее и объективное рассмотрение спора, исследование всех документов и иных доказательств,

представленных не только сторонами, но и затребованных составом арбитража, установление фактических обстоятельств, которые отвечают истине. Для этого состав арбитража Регламентами МКАС и МАК наделен определенными процессуальными полномочиями. В частности, это право затребовать от сторон представления дополнительных доказательств, а также по своему усмотрению или по просьбе какой-либо из сторон, если найдет ее обоснованной, назначить проведение экспертизы или вызвать и заслушать свидетелей по делу. Только при таком подходе, по мнению И.Г. Побирченко, решение будет и справедливым, и законным.

В-шестых. Наднациональный характер международного коммерческого арбитража, сформулированные на уровне ООН принципы арбитража, имеющие международное признание и авторитет, с необходимостью требуют постоянных контактов арбитражных институтов, обмена опытом и, в конечном итоге, унификации арбитражного разбирательства. И.Г. Побирченко это прекрасно понимал и всемерно способствовал тому, чтобы украинские арбитражные институты «влились» в мировую систему коммерческого арбитража, взаимодействуя с международными коммерческими арбитражными судами других стран. Со дня назначения И.Г. Побирченко председателем МКАС (11 августа 1992 года) он закладывал фундамент международных связей украинского арбитража. Так, И.Г. Побирченко в декабре 1992 г. принял участие и выступил с докладом в Цюрихе на международном конгрессе, организованном Швейцарской Арбитражной ассоциацией, с которой там же был подписан первый договор о сотрудничестве между МКАС и Ассоциацией. К настоящему времени МКАС на двухстороннем уровне заключил договоры о сотрудничестве с арбитражными институтами 16 стран мира. МКАС является членом практически всех международных объединений в сфере арбитража: Всемирной федерации международных арбитражных институтов в Нью-Йорке, Европейской арбитражной группы при МТП в Париже, а также членом Консультативного органа Совета руководителей ТПП государств-участников СНГ. Представители наших арбитражных институтов принимают активное участие во всех международных форумах. Обмену опытом, идеями, без которых невозможно эффективное функционирование международного арбитража, посвящены и нынешние арбитражные чтения. Они проводятся в память о человеке, который так много сделала для развития международного коммерческого арбитража во всем мире.

АКАДЕМИК И.Г. ПОБИРЧЕНКО – УЧЕНЫЙ И ПЕДАГОГ

Щербина В.С. (Украина),

доктор юридических наук, профессор,
заведующий кафедрой хозяйственного права
Киевского национального университета имени Тараса Шевченко,
академик НАПрН Украины, заслуженный юрист Украины

Преподавательская деятельность И.Г. Побирченко на юридическом факультете Киевского государственного университета им. Т.Г. Шевченко началась в 1961 г., когда он, будучи главным государственным арбитром государственного арбитража при Киевском облисполкоме, был приглашен для чтения спецкурса «Арбитражный процесс» на условиях почасовой оплаты.

С 11 июня 1965 г. приказом ректора Университета Игорь Гаврилович был утвержден в должности доцента кафедры советского процессуального права, и, после освобождения от обязанностей главного государственного арбитра, со 2 августа этого же года приступил к работе в университете.

С тех пор научная и педагогическая деятельность Игоря Гавриловича была самым непосредственным образом связана с юридическим факультетом, которому он в общем отдал 32 года своей жизни (из них – 28 лет в штате университета), пройдя путь от рядового преподавателя до профессора, создателя и заведующего первой в СССР кафедрой хозяйственного права, известного не только в СССР, но и во многих зарубежных странах, ученого и педагога. На этом пути Игорь Гаврилович пережил не только научное признание (защита кандидатской диссертации – 1964 г. и докторской – 1971 г.), присвоение почетного звания «Заслуженный деятель науки и техники Украинской ССР» (1990 г.) и избрание действительным членом (академиком) Академии правовых наук Украины (1993 г)., но и, как пишет сам Игорь Гаврилович в книге «Воспоминания. Документы. Размышления», «месть и зависть клеветников».

К счастью, положительного за эти годы было значительно больше.

За все годы работы в университете вплоть до 1993 г., когда Игорь Гаврилович перешел на постоянное место работы – Председателем МКАС при ТПП Украины, он опубликовал более 150 работ по актуальным проблемам хозяйственного права и арбитражного процесса, а в последние 2 года – 1992-1993 г., когда он совмещал работу в университете и в Международном коммерческом арбитражном суде, – и по проблемам международного арбитража.

Среди наиболее известных, пользующихся и сегодня, благодаря своему высокому научному уровню, популярностью и авторитетом у научных и практических работников, особо выделяются монографические работы академика И.Г. Побирченко – «Подведомственность хозяйственных споров» (1969 г.) и «Хозяйственная юрисдикция» (1973 г.), а также вступительная статья к сборнику «Хозяйственное процессуальное законодательство» (1976 г.).

Активно занимаясь научной работой, готовя научные кадры (всего под руководством Игоря Гавриловича защищены 10 докторских и кандидатских диссертаций, что по тем временам было значительной цифрой), Игорь Гаврилович много сил отдавал организации и обеспечению учебного процесса на юридическом факультете.

Именно благодаря его усилиям и организаторским способностям, была открыта хозяйственно-правовая специализация, готовившая студентов для работы юрисконсультами на предприятиях и в организациях. Детищем профессора Побирченко И.Г., к созданию и организации работы которого он приложил много усилий, стал кабинет правовой работы в народном хозяйстве, помещение которого использовалось для проведения занятий со студентами хозяйственно-правовой специализации и для их самостоятельной работы, ибо в кабинете был уникальный каталог юридической литературы по хозяйственному праву и арбитражному процессу, а также материалы арбитражной практики.

Присутствующие здесь участники международных чтений, кто работал в то время в ВУЗах или научных учреждениях, прекрасно помнят, как сложно было издать учебник или учебное пособие по юридическим дисциплинам где-либо, кроме как в Москве.

Вдвойне труднее это было сделать, если речь шла об учебнике по хозяйственному праву, ибо экономика страны, согласно Конституции СССР, составляла единый народнохозяйственный комплекс, и хозяйственное законодательство преимущественно было общесоюзным, либо по арбитражному процессу (напомню, что система органов государственного арбитража с 1974 г. была союзно-республиканской, но со значительным преобладанием общесоюзного законодательства, регулирующего его деятельность.

Очевидно, только благодаря присущей ему настойчивости и огромному научному авторитету профессора Побирченко И.Г. можно было издать в 1985 г. в Киеве первый в Украине учебник «Советское хозяйственное право» под его редакцией, подготовленный преимущественно преподавателями кафедры хозяйственного права, а в 1988 г. также в Киеве – уже единолично учебное пособие «Советский арбитражный процесс».

Еще одним подтверждением научного и педагогического авторитета Игоря Гавриловича стали организация и проведение в 1990 г. на юридическом факультете Киевского университета первой такого рода международной научно-методической конференции «Пути совершенствования преподавания хозяйственного права», участниками которой были ученые и преподаватели из 11 городов Российской Федерации, 6 городов Украины, а также из Грузии, Казахстана, Таджикистана, Узбекистана. Гости из дальнего зарубежья были представлены преподавателями из Болгарии, Вьетнама, Чехословакии, Югославии.

Вообще следует отметить, что в годы работы в университете Игорь Гаврилович поддерживал и развивал довольно тесные научные контакты с учеными из многих стран, неоднократно выступая с научными докладами и сообщениями на международных конференциях в Лейпциге, Братиславе, Софии, Кошице, читал лекции в Братиславском, Брненском, Вроцлавском, Кошицком, Лейпцигском университетах, Высшей экономической школе в Праге и Высшей земледельческой школе в Нитре.

В ряде стран Европы (Болгария, ГДР, Чехословакия, Югославия) публикуются научные работы Игоря Гавриловича, написанные им во время работы в университете.

На кафедре хозяйственного права в то время, когда ею руководил профессор Побирченко И.Г., проходили научную стажировку ученые из Берлина, Братиславы, Брно, Кракова, Киля, Лейпцига, Цвиккау, Кошице.

Поэтому без преувеличения можно сказать, что благодаря именно усилиям Игоря Гавриловича в области международных научных связей, школа хозяйственного

права, основателем которой он по праву считается, завоевывала признание не только в республиках СССР, но и ряде социалистических государств Европы.

Даже после ухода Игоря Гавриловича из университета он еще много лет был членом специализированного ученого совета по защите докторских диссертаций. А те преподаватели, кто работал с ним на одной кафедре, на юридическом факультете, его ученики помнят Игоря Гавриловича как талантливого ученого и педагога, отдававшего себя служению юридической науке и делу подготовки юридических кадров высокой квалификации.

В завершение замечу, что неделю назад, 8 ноября с.г. на юридическом факультете Киевского национального университета имени Тараса Шевченко был проведен Круглый стол «Диалектика публичных и частных интересов в государственном регулировании экономики», посвященный 40-летию создания кафедры хозяйственного права.

Это мероприятие, организованное кафедрой хозяйственного права и отделом правовых проблем предпринимательства НИИ частного права и предпринимательства имени академика Ф.Г. Бурчака НАПрН Украины, было приурочено также к 90-летию со дня рождения И.Г. Побирченко и 75-летию со дня рождения Пронской Г.В. – доктора юридических наук, профессора, заведующей нашей кафедры и арбитра МКАС при ТПП Украины.

В память об Игоре Гавриловиче Побирченко, Грациэлле Васильевне Пронской, а также об ушедшем из жизни кандидате юридических наук, доценте нашей кафедры Анатолии Яковлевиче Пилипенко, отдавая должное их научным достижениям, мы, благодаря финансовой поддержке спонсоров, издали избранные труды этих наших коллег, которые я с огромным удовольствием передаю Председателю МКАС Николаю Федосовичу Селивону.

ПРЕЗЕНТАЦИЯ КНИГИ «ПРАКТИКА МЕЖДУНАРОДНОГО КОММЕРЧЕСКОГО АРБИТРАЖНОГО СУДА ПРИ ТПП УКРАИНЫ ПО РАССМОТРЕНИЮ ВНЕШНЕЭКОНОМИЧЕСКИХ СПОРОВ ЗА 2006 – 2010 ГОДЫ»

ЗахарченкоТ.Г. (Украина)

Заместитель Председателя МАК при ТПП Украины, арбитр,
член Президиума МКАС и МАК при ТПП Украины,
заслуженный юрист Украины

Книга «Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП Украины по рассмотрению внешнеэкономических споров за 2006 – 2010 годы» подготовлена в честь 90-летия доктора юридических наук, профессора, академика Академии правовых наук Украины И.Г. Побирченко. Книга была издана ко дню проведения первых арбитражных чтений памяти этого выдающегося человека.

Игорь Гаврилович Побирченко, возглавляя на протяжении 18 лет МКАС и МАК при ТПП Украины, считал чрезвычайно полезной публикацию арбитражных решений, при этом необходимым условием такой публикации он видел строгое соблюдение одного из принципов международного коммерческого арбитража – конфиденциальности, не позволяющей идентифицировать в публикуемых арбитражных решениях спорящие стороны. Поэтому в 2006 г. под редакцией И.Г. Побирченко вышла первая книга «Практика МКАС при ТПП Украины. Внешнеэкономические споры», в которую вошли 99 решений и постановлений, рассмотренных МКАС при ТПП Украины в 1999 – 2005 годах. Учитывая международный характер арбитражных решений, а также то, что языком арбитражного разбирательства в большинстве дел, рассмотренных МКАС при ТПП Украины, стороны определили русский язык, книга вышла именно на русском языке. При этом преследовалась цель ознакомить не только украинского читателя с этой книгой, а дать возможность практикующим юристам, ученым, студентам и предпринимателям из самых разных стран мира ознакомиться с практикой рассмотрения внешнеэкономических споров МКАС при ТПП Украины.

К сожалению, эту книгу постигла довольно грустная судьба. Как только она поступила в продажу – все включенные в нее решения тут же были размещены на портале информационно-аналитического центра «Лига». В связи с этим книга осталась невостребованной и залегла в издательстве нереализованной. Но, тем не менее, размещенные в ней решения все-таки нашли своего читателя.

В последнее время мы все чаще и чаще слышали пожелания со стороны практикующих юристов о необходимости дальнейшей публикации нашей практики. В связи с этим и была подготовлена презентуемая книга – «Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП Украины по рассмотрению внешнеэкономических споров за 2006 – 2010 годы». Для того, чтобы сохранить преемственность с первой книгой мы решили продолжить начатую публикацию арбитражных решений, принятых МКАС при ТПП Украины, начиная с 2006 года, то есть с первого года, который не вошел в раннее издание. Кроме того, среди опубликованных арбитражных решений много решений, вынесенных с участием арбитра И.Г. Побирченко.

Презентуемая книга, явилась логическим продолжением первой книги, сохранила ее традиции – неукоснительное соблюдение принципа конфиденциальности, сопровождение арбитражного решения аннотацией, отражающей его наиболее интересные положения.

В книгу вошло 54 арбитражных решения, рассмотренных МКАС при ТПП Украины в 2006 – 2010 годах. Кроме того, 12 арбитражных решений сопровождаются определениями государственных судов, принятыми по результатам рассмотрения ходатайств об отмене арбитражного решения или о его принудительном исполнении.

Новеллой книги явилось также и то, что в конце книги содержится **алфавитно-предметный указатель,** который разбит на 4 части:

- первая часть – посвящена процессуальным аспектам арбитражного разбирательства;
- вторая часть – применению международных конвенций и других норм материального права при рассмотрении споров по существу;
- третья часть – оспариванию арбитражных решений в государственных судах;
- четвертая часть – принудительному исполнению арбитражных решений.

Благодаря алфавитно-предметному указателю, можно легко найти ответ на интересующий вопрос.

Презентуемая книга, также как и предыдущая, издана на русском языке, что сделано, главным образом, с целью ознакомления с практикой МКАС при ТПП Украины наиболее широкого круга читателей, находящихся в различных государствах.

Включенные в книгу решения по делам, рассмотренным МКАС при ТПП Украины, не являются точным воспроизведением оригиналов вынесенных арбитражных решений. При этом в решениях не только исключены наименования сторон, номера контрактов, фамилии арбитров, рассматривающих спор, но также опущены и другие положения, в первую очередь процессуального характера, которые, по мнению составителей, не имеют особого интереса для широкого круга читателей. Для удобства читателей унифицирована структура решений, а их содержание отражает основные положения вынесенного арбитрами арбитражного решения.

Аналогичным образом приведенные в книге определения государственных судов также не являются их полным оригинальным воспроизведением. Прежде всего, эти определения переведены с украинского на русский язык. Кроме того, в них, также как и в арбитражных решениях, с целью соблюдения конфиденциальности, исключены положения, позволяющие идентифицировать стороны. В публикуемые определения государственных судов составители включили лишь основные положения, касающиеся непосредственно оснований оспаривания и принудительного исполнения арбитражных решений.

В настоящее время продолжается работа по подготовке к печати новой книги, содержащей практику МКАС при ТПП Украины за 2011 – 2012 года, а также судебной практики по рассмотрению ходатайств по оспариванию арбитражных решений и их принудительному исполнению.

Представляется, что будущая книга будет более интересной по двум причинам.

Во-первых, с каждым годом расширяются категории споров, передаваемых на рассмотрение арбитража; дела становятся все более сложными и интересными; повышается профессиональный уровень, как арбитров, рассматривающих спор, так и адвокатов, представляющих интересы сторон в арбитражном разбирательстве.

Кроме того, с каждым годом, все большее количество арбитражных решений выносится с участием иностранных арбитров, которые также привносят свой вклад в арбитражную практику МКАС при ТПП Украины. Так, в 2011 г. коллегиальный состав арбитров под председательством Кая Хобера (Швеция) рассмотрел очень интересное дело, в ходе которого были рассмотрены вопросы поручительства и его прекращения. Господин К. Хобер написал блестящее решение, в котором провел глубокое исследование правового регулирования поручительства и оснований его прекращения согласно законодательству Украины.

Во-вторых, в книге практически каждое арбитражное решение будет сопровождаться практикой государственных судов по рассмотрению ходатайств об оспаривании арбитражного решения или о его принудительному исполнению.

К сожалению, в настоящее время законодательством Украины не предусмотрена обязанность государственных судов информировать МКАС и МАК при ТПП Украины о принятом ими судебном акте в связи с рассмотрением ходатайств об отмене или принудительном исполнении арбитражного решения.

Практически узнать о принятом судебном решении МКАС может только из двух источников: от стороны, которая сообщает об отмене решения МКАС при ТПП Украины или об отказе в его принудительном исполнении, то есть, информирование стороной, как правило, происходит тогда, когда имеется отрицательный результат арбитражного разбирательства – решение арбитража отменено или же отказано в его исполнении. Вторым и основным источником, из которого мы узнаем информацию о дальнейшей судьбе вынесенных МКАС при ТПП Украины решений (их оспаривании и приведении в исполнение) является Единый государственный реестр судебных решений. Однако в нем также не содержится полная информация, поскольку часто судебные акты об отмене арбитражного решения или об отказе в его исполнении не публикуются. В связи с этим отсутствует полная картина по вопросам практики оспаривания и принудительного исполнения арбитражных решений.

Начиная с 2011 года все больше судебных актов, связанных с оспариванием и исполнением арбитражных решений попадает в Единый государственный реестр судебных решений. При этом, если поиск судебных решений по рассмотрению ходатайств о принудительном исполнении решений МКАС и МАК при ТПП Украины, которые в соответствии со ст. 390 ГПК Украины рассматриваются в порядке, предусмотренном для иностранных решений, является менее сложным, поскольку в строке «категория споров» Единого государственного реестра судебных решений имеется раздел «рассмотрение ходатайств о признании и исполнении иностранных решений», то поиск судебных актов в отношении оспаривания решений МКАС и МАК при ТПП Украины дело довольно сложное.

Каждое демократическое государство заинтересовано в развитии арбитража. Украина, ратифицировав Европейскую Конвенцию о внешнеторговом арбитраже (г. Женева, 1961 г.) взяла на себя международное обязательство развивать международный коммерческий арбитраж и устранять некоторые затруднения в его функционировании. А одним из условий развития арбитража является эффективное взаимодействие судебной власти и арбитража, которое состоит, в том числе, и в информировании арбитража о дальнейшей судьбе вынесенных арбитражных решений. В первую очередь, это необходимо для того, чтобы арбитраж мог совершенствовать свою работу, для чего необходимо знать складывающуюся судебную практику.

Необходимо отметить, что решения государственных судов являются обязательными для исполнения, и они учитываются при рассмотрении дел в МКАС. Хотя, анализируя практику государственных судов по рассмотрению ходатайств об отмене арбитражных решений и их принудительному исполнению, не всегда можно с ней согласиться, особенно это касается судов первой инстанции. К сожалению, иногда случаются совершенно безосновательные отмены или отказы в принудительном исполнении арбитражных решений. В первую очередь причиной этого, на мой взгляд, является ненадлежащий уровень знания судьями специфики международного коммерческого арбитража. В презентуемой книге, приведена положительная практика в отношении рассмотрения ходатайств об отмене и приведения в исполнение арбитражных решений. Вместе с тем, если вчитаться в некоторые определения государственных судов, которые являются абсолютно правильными по сути, приведенная в них мотивировка не всегда в полной мере соответствует действующему законодательству Украины и международным соглашениям с участием Украины. Прежде всего, это касается дополнительного применения к основаниям для отказа в признании и приведении в исполнение арбитражных решений, предусмотренных ст. 36 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже», которые полностью соответствуют положениям ст. V Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 1958 г.), дополнительных оснований, предусмотренных ч. 2 ст. 396 ГПК Украины. Вместе с тем, ч. 2 ст. 396 ГПК Украины устанавливает, что предусмотренные в ней основания для отмены иностранного решения применяются, если они не предусмотрены в международном соглашении. Соответственно, указанные в ней основания не должны применяться в качестве оснований для отмены арбитражных решений.

Очень надеюсь, что эта и последующая книги, посвященные практике МКАС при ТПП Украины, будут интересы ее читателям. Также надеюсь на то, что в будущем удастся наладить взаимодействие и обратную связь между международным коммерческим арбитражем и судебными органами не только в отношении информирования арбитража о принятых государственными судами решениях, но и в отношении проведения совместных мероприятий по совершенствованию как арбитражной практики, так и практики рассмотрения государственными судами ходатайств об отмене и исполнении арбитражных решений. Кроме того, анализ судебной практики по вопросам международного коммерческого арбитража, свидетельствует о том, что рассмотрение ходатайств об отмене и принудительном исполнении решений МКАС и МАК при ТПП Украины должно быть изъято из компетенции районных судов и передано апелляционным судам, тем более, что последние эффективно осуществляли рассмотрение указанных ходатайств на протяжении 10 лет (с 1994 по 2004 годы). Это повысит качество принимаемых судебных решений, а также будет способствовать имиджу Украины и признанию ее «проарбитражной страной».

В заключение хочу сказать, что книга «Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП Украины по рассмотрению внешнеэкономических споров за 2006 – 2010 годы» вышла небольшим тиражом. Ее издателем является Торгово-промышленная палата Украины. В торговую сеть книга не поступала, поэтому по вопросам приобретения книги можно обращаться в МКАС при ТПП Украины (тел. 044-270-51-87).

КОНТРОЛЬНАЯ ФУНКЦИЯ И ФУНКЦИЯ СОДЕЙСТВИЯ ГОСУДАРСТВЕННЫХ СУДОВ: ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО, ТЕОРИЯ И ПРАКТИКА

Ружа Иванова (Болгария),

Заместитель председателя
Арбитражного суда при Болгарской ТПП

I. Теоретическая концепция об отношениях между государственным судом и арбитражным судом в болгарском праве

1. Согласно Конституции Болгарии государство признает и гарантирует право судебной защиты всех граждан и юридических лиц, в том числе иностранных. Этому праву соответствует обязанность суда рассматривать любое заявление о защите личных и имущественных прав и содействии в этой области. Лица, в отношении которых необходима судебная защита, подчиняются судебной власти вопреки своей воле и независимо от нее. Это положение распространяется на все виды правосудия – гражданское, уголовное и административное.

2. Особенностью частноправовых правоотношений, в отличие от публично-правовых, является распорядительная власть, которой пользуются их субъекты. От их воли зависит, когда и как они будут осуществлять свои субъективные права, в том числе в случае их нарушения. Проявление этой специфики – присущий гражданскому судопроизводству принцип диспозитивности. При осуществлении своей распорядительной власти стороны могут урегулировать возникший между ними спор относительно гражданского частноправового отношения сами с помощью соглашения (договора). Также могут по взаимному согласию в качестве посредника или примирителя привлечь какую-либо третью сторону для содействия в проведении переговоров. Тем не менее, когда нет никакой перспективы на соглашение, они могут по взаимному согласию уполномочить какую-либо третью сторону разрешить вместо них возникший между ними частноправовой спор, постановляя по этому спору решение, которое является обязательным для обеих сторон. Эта возможность решения частноправовых споров, известная как арбитраж и основанная на арбитражном соглашении между сторонами, признана в широких пределах и в современном болгарском законодательстве.

Ст.19. абз.1 Гражданского процессуального кодекса (ГПК) предусматривает: „Стороны имущественного спора могут договориться о том, чтобы он был решен арбитражным судом, если предметом спора не являются вещные права или владение недвижимым имуществом, содержание или права по трудовым правоотношениям.

Абз. 2 „Арбитраж может проводиться по своему месту нахождения за рубежом, если обычное место нахождения в соответствии с учредительным договором или действительное место нахождения управления одной из сторон находится за рубежом.

Данная норма всегда входит в Основные положения ГПК, в частности, в главу, посвященную подведомственности судов по гражданским делам. Это является той основной нормой, которая одновременно определяет, с одной

стороны, пределы допустимости арбитража, а с другой - исключительную компетенцию государственного суда по гражданским делам.

3. В болгарской юриспруденции утвердилось понимание того, что арбитраж является альтернативой государственному правосудию. Он – исключение из государственной монополии на правосудие по гражданским делам. Каждый арбитраж, в том числе международный коммерческий арбитраж, связан с каким-либо конкретным государством, и в этом смысле является национальным. Поэтому он должен быть допущен и урегулирован его правопорядком и находиться под его контролем.

Основное различие между судом и арбитражем проистекает из того, что правосудие по гражданским делам является проявлением государственной власти, а арбитражному правосудию стороны подчиняются по собственной воле, выраженной в арбитражном соглашении. Посредством такого соглашения они исключают правосудную власть судов. Но свобода договариваться об арбитраже не является неограниченной. Как уже было упомянуто, ГПК указывает на споры, которые не подлежат арбитражу, и решение которых отнесено к исключительной компетенции государственных судов. В конечном счете, соблюдение этого ограничения контролируют государственные суды. Отмена арбитражного решения, вынесенного по спору, который не является арбитражным, (см. далее п.II.3.) представляет собой гарантию соблюдения - как сторонами, так и арбитражным судом - исключительной компетенции государственных судов.

Но по своей функции, и арбитражный, и государственный суд осуществляют правосудие в частноправовых спорах. При этом им приходится решать одни и те же проблемы. Например, одни и те же виды исков могут предъявляться и в суде, и в арбитраже; сходны проблемы процессуальных предпосылок, материально-правовой защиты ответчика, распределения тяжести доказательств и видов доказательств. Поэтому и по основным вопросам осуществления правосудия арбитражный процесс смоделирован по образцу судебного искового процесса.

Судебная функция арбитража, одинаковые последствия судебного и арбитражного решения накладывают ограничение на свободу сторон в процессе достижения договоренности относительно арбитражной процедуры. Их автономия должна оставаться в пределах принципов, присущих правосудию, а именно - принципов независимости и беспристрастности арбитражного органа, равноправия сторон в ходе судопроизводства, обеспечения равных возможностей каждой из них, с тем, чтобы она смогла защитить свои правовые позиции в споре. Арбитражная практика не признает действительными соглашения сторон, при заключении которых эти принципы не соблюдались. А в целях их соблюдения в арбитражном производстве законодательство предусматривает особые средства контроля со стороны государственного суда.

В то же время добровольность арбитража порождает риски, как в отношении правильности арбитражного решения, так и его эффективности.

Учитывая эту специфику арбитража, законодатель предусмотрел и специальные формы судебного содействия арбитражу, способствующие преодолению нежеланных последствий, к которым могли бы привести ограниченные субъективные пределы его компетенции, обязывающей только стороны арбитражного соглашения.

Это понимание обосновано проф. Живко Сталевым, который подобно акад. И. Побирченко, патриарху украинского арбитража, с основанием признан отцом современного болгарского арбитража.

4. Основным национальным нормативным источником международного арбитража в Болгарии является Закон о международном коммерческом (торговом) арбитраже (ЗМТА), принятый в 1998 году. После законодательной реформы 1993 года применение ЗМТА – за редким исключением – распространилось и на внутренний арбитраж. Следует указать, что ЗМТА допускает, как институциональный, так и арбитраж ad hoc, который, со своей стороны, может быть международным или внутренним. Таким образом, в Болгарии арбитраж и его виды регулируются полностью отдельным законом.

Закон о международном коммерческом арбитраже следует принципам и большинству предписаний Типового (модельного) закона ЮНСИТРАЛ о международном коммерческом арбитраже, в том числе по рассматриваемому вопросу о контроле и содействии государственного суда. Практика показала, что некоторые из отклонений от Типового закона оказались неудачными и были отменены последующими изменениями, внесенными в Закон о международном арбитраже. Далее в изложении будет уделено внимание первоначальным отклонениям и их последующему преодолению.

5. В болгарском законодательстве вмешательство государственного суда в арбитражное производство сведено к минимуму. Оно ограничено даже больше, чем в Типовом законе (модельном законе), как это выяснится при представлении различных случаев нормативно допустимого законом вмешательства.

По этому вопросу Статья 6. Закона о международном коммерческом арбитраже устанавливает, что судебное вмешательство в арбитражное производство допустимо только в случаях, предусмотренных ЗМТА. Несмотря на то, что данная статья касается арбитражного производства, в болгарской доктрине и практике безоговорочно принято, что это предписание действительно в отношении создания арбитражного суда и арбитражного решения, т.е. в отношении всего арбитража. Его цель - обеспечить предотвращение замедления принятия арбитражного решения путем многократного оспаривания действий арбитражного суда в государственном суде стороной по спору, которая хочет препятствовать арбитражу.

II. Контроль, осуществляемый государственным судом

1. В качестве особенности регулирования этой материи в Болгарии следует отметить концентрацию судебного контроля, осуществляемого независимо от судебного района, в котором действует арбитраж. В случае обжалования отказа в уважении отвода судьи арбитражного суда решение относится к компетенции Софийского городского суда, а когда поступает заявление об отмене арбитражного решения – к компетенции Верховного кассационного суда. Решения этих судов являются окончательными, а это означает, что контроль осуществляется только в одной инстанции.

Концентрация принятия решений одним судом позволяет, чтобы вопросы, связанные с каждой формой контроля, решались одним или несколькими отделениями этих судов, и таким образом осуществлялась специализация судей.

Цель этого подхода - обеспечить квалификацию и компетентность при вынесении решений в сложной и деликатной сфере арбитража.

2. ЗМТА регулирует следующие формы контроля арбитража со стороны государственного суда:

2.1. В связи с отводом судьи арбитражного суда.

Стороны имеют право договориться о процедуре отвода в арбитражном суде. В практике это происходит очень редко, и поэтому применяются правила

институционного арбитража, а при арбитраже ad hoc - процедура отвода, предусмотренная ЗМТА. По заявлению об отводе решение принимает арбитражный суд. Если требование об отводе удовлетворяется, его решение не подлежит оспариванию в суде. Обжаловать можно только решение о неудовлетворении требования относительно отвода.

Абз.1 Ст.15 ЗМТА недвусмысленно предусматривает, что стороны не имеют права по взаимному согласию исключать контроль государственного суда в случае неудовлетворения арбитражным судом поступившей просьбы об отводе. Это положение имеет императивный характер. Им законодатель стремится создать надежную и своевременную гарантию независимости и беспристрастности судьи арбитражного суда, которая является имманентно присущей его право-применительной функции. Поэтому как предварительный отказ какой-либо из сторон обжаловать отвод, так и договоренность обеих сторон в этом смысле были бы недействительными.

Как уже было отмечено, независимо от судебного района действия арбитражного суда решение по обжалованию отказа в отводе относится к компетенции Софийского городского суда. Заинтересованная сторона может подать свою жалобу в течение 7 дней со дня получения ею уведомления о том, что просьба об отводе не удовлетворяется. Судопроизводство осуществляется по принципу состязательности и в порядке обжалования судебных определений. Решение суда по жалобе является окончательным.

Как известно, абз. 3 Статьи 13 Типового Закона ЮНСИТРАЛ устанавливает, что, несмотря на поданную в суд жалобу, разбирательство в арбитражном суде не приостанавливается. Отклоняясь от Типового закона ЮНСИТРАЛ, Статья 16 ЗМТА в случае подачи жалобы первоначально предусматривала приостановление арбитражного дела до вынесения судом решения по отводу. Это предписание мотивировалось опасением того что, если дело не будет приостановлено, по нему может быть вынесено решение до принятия судом решения по отводу. А если суд удовлетворит просьбу об отводе, арбитражное решение может быть оспорено из-за участия именно того арбитра, который должен был не участвовать в разбирательстве. Но практика показала, что чаще всего этим решением пользовались недобросовестные ответчики. Они предъявляли абсолютно необоснованные отводы и обжаловали отказы, для того, чтобы отсрочить на неопределенное время постановление арбитражным судом решения против них. Эта практика умышленной задержки арбитражного разбирательства потребовала изменения ст. 16 ЗМТА, внесенного в Закон в 2001 году. Однако оно не регулирует полностью данной статьи ЗМТА. В соответствии с действующим положением абз. 2 ст. 16 ЗМТИ арбитражный суд вправе продолжать разбирательство по делу и вынести решение по нему, несмотря на отвод и на жалобу против отказа в удовлетворении просьбы об этом отводе. При таком урегулировании судьба дела в случае обжалования отказа в отводе предоставлена арбитражу. Законодатель полагается на его разумные суждения, основанные на его практическом опыте и хорошем знании судебной практики по этому вопросу. Если судья арбитражного суда, или решающий орган, не уверен в том, что жалоба не будет удовлетворена, он предпочел бы приостановить разбирательство с целью избежать риска отмены арбитражного решения впоследствии в случае удовлетворения заявления об отводе. И наоборот, если он убежден в необоснованном характере отвода, он может продолжать разбирательство и

постановить решение по нему. Если суд удовлетворит заявление об отводе, вынесенное до этого решение может быть отменено Верховным кассационным судом (ВКС).

Правильность нового нормативного решения, а также доверие со стороны законодательной власти в оценке судей арбитражного суда, были подтверждены арбитражной практикой. Она показывает резкое снижение количества жалоб против отводов, не принятых арбитражным судом. В то же время, за период с внесения изменения в 2011 году до настоящего времени Верховный кассационный суд отменил всего лишь одно решение Арбитражного суда при Болгарской торгово-промышленной камере (БТПП), принятое составом, который не приостановил дело при обжаловании отказа в отводе одного из судей.

Ст.17 ЗМТА предусматривает вмешательство суда и в тех случаях, когда судья арбитражного суда не в состоянии выполнять свои обязанности или неоправданно бездействует, но сам не отказывается от выполнения своих функций, или, же когда стороны не могут договориться о прекращении его правомочий арбитра. В этом случае каждая из сторон может обратиться в Софийский городской суд с ходатайством о прекращении его правомочий. Решение суда является окончательным. До сих пор в Верховный кассационный суд подобное обращение не поступало.

2.2. Контроль со стороны государственного суда компетенции арбитражного суда

По спорам, которые рассматривает, Арбитражный суд выносит решения в рамках своей компетенции даже в тех случаях, когда она оспаривается по причине отсутствия или недействительности арбитражного соглашения. Это утвердившееся в мире понимание закреплено в болгарском законодательстве, в частности, в ст. 19. Закона о международном торговом арбитраже (ЗМТА).

В соответствии со ст. 20 ЗМТА определение арбитражного суда в споре об его компетенции не подлежит обжалованию в государственном суде. Выше-упомянутая ст. 6 ЗМТА не предусматривает такой формы вмешательства государственного суда. Данная норма болгарского законодательства существенно расходится по этому вопросу с предписаниями Типового закона ЮНСИТРАЛ. Как известно, пункт 3 статьи 6 Типового закона устанавливает, что определение, в силу которого арбитражный суд постановляет, что он обладает юрисдикцией и соответствующей компетенцией, может быть обжаловано в государственный суд, хотя и допускает продолжение арбитражного разбирательство, несмотря на апелляцию.

Цель болгарского законодательства – не допускать приостановления арбитражного разбирательства путем необоснованных апелляций по поводу компетенции арбитражного суда. Но заключение арбитражного суда в отношении наличия у него юрисдикции по делу обладает только внутриарбитражным значением, так как позволяет начать разбирательство дела по существу. Это, однако, не всегда принимается государственным судом. Возможная ошибка арбитражного суда, принявшего, что у него имеется соответствующая компетенция, подлежит контролю в связи с возражениями против этого арбитражного решения или с ходатайством о допущении его исполнения иностранным судом. Не признается действительным соглашение сторон о том, что арбитражный суд выносит окончательное определение относительно своей компетенции, а еще меньше о том, что его заключение является обязательным для суда.

Обжалованию не подлежит и определение, на основании которого арбитражный суд прекращает производство по делу из-за отсутствия компетенции. В болгарской теории принято считать, что такое определение, даже если оно неправильно, прекращает не только арбитражное дело, но и арбитражное соглашение. Это прекращение означает, что нельзя обращаться в суд с возражением по поводу прекращенного арбитражного соглашения.

При проверке своей компетенции, однако, суд обязан соблюдать силу приговоров и решений, вынесенных уже государственным судом (Res judicata) по вопросам, подлежащим проверке в соответствии со ст.19 ЗМТА. Эта подчиненность арбитража основывается, прежде всего, на ст. 297 Гражданско-процессуального кодекса, которая предусматривает, что вступившее в силу решение является обязательным для всех судов, учреждений и муниципалитетов в республике. Но, кроме того, она проистекает из принципа, что суд имеет общую подведомственность по гражданским делам, и сам решает, рассматривать или не рассматривать возбужденное дело.

Судебное постановление до начала арбитражного разбирательства и проверки его юрисдикции может быть вынесено в следующих гипотезах:

а. Когда суд, в котором предъявлен иск, между тем удовлетворил возражение ответчика, что конкретный спор является предметом арбитражного соглашения. Если суд сочтет, что соглашение является действительным, эффективным и подлежит удовлетворению, он должен прекратить производство по делу с определением – в соответствии с п. 1 ст. 8 ЗМТА. Вступившее в силу определение является обязательным для арбитража, оговоренного в арбитражном соглашении. Когда, основываясь на нем, истец предъявляет в арбитражном суде иск, возражение ответчика относительно недействительности арбитражного соглашения, подтвержденного судом, недопустимо. В своей продолжительной практике Арбитражный суд при Болгарской торгово-промышленной палате (БТПП) всегда считал неприемлемыми возражения ответчиков, которые в суде ссылались на арбитражное соглашение, а впоследствии в арбитраже оспаривали его действительность. Основанием для недопустимости в таких случаях служит обязательное для арбитражного суда заключение суда по вопросу о действительности арбитражного соглашения. В последнее время в арбитражной практике участились случаи, когда своим ответом на исковое заявление ответчик выдвигает возражение в суде о наличие действительного арбитражного соглашения по спору, а истец, не дожидаясь решения суда по вопросу действительности соглашения, отзывает предъявленный иск. В арбитражном разбирательстве ответчик оспаривает действительность соглашения, на которое сам ссылался перед судом. Арбитражный суд при БТПП считает, что такое поведение ответчика представляет собой злоупотребление процессуальными правами и по этой причине отвергает возражение.

б. Когда суд выносит эффективное решение по установительному иску относительно того, существует ли арбитражное соглашение, и, соответственно, действительно ли оно. Арбитражный суд уважает также конститутивное решение государственного суда, которым арбитражное соглашение признано недействительным ввиду неспособности стороны или пороков воли.

2.3. Судебный контроль арбитражных решений

Самые многочисленные и существенные изменения, внесенные в ЗМТА с момента его принятия в 1998 г., касаются урегулирования контроля арбитражного решения. В связи с этими изменениями я хотела бы обратить внимание на реформы 1993, 2001 и 2002 годов.

2.3.1. До 1993 г. в качестве условия для вступления в силу арбитражного решения и возникновения его последствий в качестве правоприменительного акта ЗМТА предусматривал производство по делу о его признании и допущении его исполнения государственным судом. Отменяя это производство, реформа с 1993 г. приравнила по последствиям арбитражное решение к вступившему в силу судебному решению. Это изменение является наиболее важным отклонением болгарского арбитражного законодательства от модельного закона. Оно направлено на достижение высокой эффективности и высокой степени стабильности арбитражного решения.

2.3.2. После отмены производства по делу о признании и допущении исполнения арбитражного решения, вынесенного болгарским арбитражным судом, единственной формой государственного контроля над этими решениями является их судебная отмена. Так как арбитражное решение является частным, а не публичным актом, отмена происходит в порядке гражданских исков. Иск об отмене арбитражного решения является наиболее интенсивной, наиболее важной формой государственного контроля над арбитражным судом. Отмена регулируется ст. 47. ЗМТА и имеет повелительный характер. В эту норму тоже внесены серьезные изменения.

2.3.2.1. В 2001 г. возможность признать ничтожным арбитражного решения как санкция, имеющая самостоятельные правовые последствия, была исключена. Чтобы понять это изменение, следует отметить, что, в отличие от модельного закона, ЗМТА делал разницу между ничтожными и уничтожаемыми арбитражными решениями. Ничтожными считались арбитражные решения, вынесенные по неарбитрируемым спорам (ст.19 ГПК), а также те, которые противоречили общественному порядку Республики Болгарии. За наличием таких оснований государственный суд следил в служебном порядке. Кроме того, заинтересованная сторона могла на их основе предъявлять установительный иск о признании ничтожности арбитражного решения, причем без ограничений в сроке. Изменением от 1993 г. упомянутые выше два основания, как и остальные основания, предусмотренные ст.47 ЗМТА, могут быть релевированы только посредством иска об отмене арбитражного решения в 3-месячный срок со дня получения истцом данного решения. Таким образом, была решительно устранена практически вечная угроза оспаривания арбитражного решения.

2.3.2.2. Иск об отмене арбитражного решения предъявлялся в Софийский городской суд, который рассматривал его в соответствии с правилами общего искового судопроизводства. Оно проходило в трех инстанциях – апелляция в Софийском апелляционном суде и кассационное обжалование - в Верховном кассационном суде. Эта нормативная база откладывала надолго окончательную стабилизацию арбитражного решения, которое безосновательно подвергалось критике, и оказывала отрицательное воздействие на привлекательность арбитражного производства. Согласно этим нормам ко времени, необходимому на вынесение арбитражного решения, следовало добавить в среднем около 5 лет на развитие трехинстанционного отменительного процесса, завершающегося решением об отвержении иска. Если в конце этого периода выяснялось, что иск основателен, то в зависимости от отменительного основания государственный суд либо возвращал дело в арбитражный суд для нового рассмотрения, либо открывалась возможность для предъявления иска в государственных судах

(ст.49 ЗМТА). В обоих случаях стороны возвращались в исходное положение - не разрешенного материально-правового спора между ними.

Возможность трехинстанционного отменительного производства подвергала угрозе самое главное преимущество арбитража – его быстроту, и могла демотивировать стороны заключать арбитражные соглашения в связи с решением будущих или настоящих споров между ними. Она в значительной степени лишала смысла и преимущества болгарского нормативного регулирования после исключения требования об его признании и допущении возможности его выполнения государственным судом.

2.3.2.3. Законом об изменении и дополнении ЗМТА от 24 апреля 2002 г. (газета "Държавен вестник", № 46 от 2002 г.) был полностью изменен орган, обладающий компетенцией выносить решения по заявлению об отмене арбитражного решения (§ 1 ЗИД ЗМТА, которым вносится изменение в ст.47 ЗМТА). Главная новость состояла в том, что предъявление иска в Софийском городском суде с последующей апелляцией и кассационным обжалованием было заменено подачей иска в ВКС. Посредством этого изменения производство по иску об отмене арбитражного решения стало одноинстанционным.

Введенное в результате реформы от 2002 г. нормативное решение вопроса о компетентном суде и одноинстанционном производстве по иску об отмене арбитражного решения не является оригинальной особенностью болгарской нормативной базы. Оно перенято из швейцарского права, согласно которому если арбитраж осуществляется в Швейцарии, то компетентным органом по вынесению решений об отмене арбитражного решения является Федеральный суд (ст.191 Федерального закона о международном частном праве Швейцарии, вступившего в силу с 01.01.1989г.). Однако данная компетенция Федерального суда Швейцарии распространяется только на международные арбитражные дела, рассматриваемые швейцарским арбиражам. Что касается внутреннего арбитража, компетенцией по отмене арбитражного решения наделены высшие кантональные суды, при этом предусмотрена возможность обжалования их решений в Федеральном суде согласно ст.ст. 3 и 36 швейцарской конвенции об арбитраже от 1969 г.

В Болгарии компетенции ВКС распространяются как на международные, так и на внутренние арбитражные дела, и в этом смысле они шире компетенций Федерального суда Швейцарии.

2.3.2.4. Стоит отметить факт, что Верховный кассационный суд -Общее собрание гражданской коллегии, потребовал от Конституционного суда установить противоконституционность внесения изменений в ЗМТА ввиду якобы наличного противоречия с рядом предписаний Конституции Республики Болгарии.

По этому иску об отмене Конституционный суд возбудил конституционное дело №15/2002г., по которому вынес решение №9 от 24 октября 2002 г.

В связи с темой настоящего изложения интерес представляют мотивы ВКС, касающиеся противоречия между Конституцией и одноинстанционным характером отмены, которую ему поручают, а также мотивы, на основе которых Конституционный суд Республики Болгарии не удовлетворил иск как неосновательный.

а. По мнению ВКС, замена трехинстанционного производства по искам об отмене арбитражных решений, действующего до сих пор, введенным рассмотрением дел ВКС в одной инстанции по ст.47 ЗМТА противоречит ст.56, 119, абз.1, 122, абз.1 и 124 Конституции, так как это:

- нарушает установленную конституцией трехинстанционность процесса и связанные с ней гарантии права на защиту граждан и юридических лиц, которые из-за одноинстанционного характера производства будут лишены права на защиту в порядке обжалования на другом стадии процесса;

- противоречит проистекающему из абз.1 ст.119 Конституции структурному и функциональному положению ВКС как кассационной инстанции, которая по определению является контрольно-отменительной, а не инстанцией по существу, как это предусмотрено в оспариваемом изменении ЗМТА.

б. Указанным выше своим решением Конституционный суд отверг иск ВКС и постановил, что изменение ЗМТА от 2002 г. по вопросу о компетенции ВКС и одноинстанционном характере производства не вступает в противоречие с Конституцией. Вкратце его мотивы сводятся к следующему:

- В соответствии со своей предыдущей практикой (Решение №16 по КД №7/1998г, газета “Държавен вестник”, №71/98г.; Решение №16 по КД №20/98, газета “Държавен вестник”, №121/98г.) КС признает, что согласно Конституции судебное разбирательство в трех инстанциях не является обязательным во всех случаях. Это преобладающее разрешение, но допускаются исключения из него, которые законодатель может ввести посредством судоустройственных и процессуальных законов ввиду их законодательной целесообразности.

- К упомянутым выше мотивам можно добавить и аргумент, что конституционный законодатель устанавливает максимальное число допустимых инстанций и предусматривает такую структуру судебной системы, которая может их осуществить и которую обыкновенный законодатель не вправе менять. Тем не менее, ни этим, ни каким-либо другим предписанием, он не установил обязательное количество инстанций для определенного вида юрисдикции. Родовая и функциональная подсудность определяются иными законами. Действующее законодательство подает не меньше примеров ограничения числа инстанций по отдельным категориям дел, в т.ч. обжалования в одной инстанции.

- Законодательная практика европейских стран тоже не предусматривает обязательность трехинстанционного (в принципе) процесса, и вводит различные ограничения по отношению к количеству инстанций, обусловленные особенностями отдельных категорий дел, в т.ч. характером якобы заявленных нарушений при вынесении решения, подлежащего обжалованию.

- КС основывается на правильном понимании специфики иска по ст.47 ЗМТА. Несмотря на то, что по сути он является частным актом, что обуславливает природу отмены как иска, арбитражное решение порождает на основании закона (ст.38, абз.4 в связи со ст.41, абз.3 ЗМТА и ст.237, б. “а” ГПК – отмен. в 2008г.) два важных государственно-правовых последствия – Res judicata (решенное дело) и исполнительную силу. В производстве по ст.47 ЗМТА компетентный суд осуществляет контроль над вступившим в силу юридическим актом негосударственного суда, а не решает материально-правовой спор между сторонами по делу. Поэтому при рассмотрении этих дел Высшим кассационным судом порученная ему Конституцией функция контрольно-отменительного суда не затрагивается.

- КС не разделяет и мнение о том, что новое содержание ст.47 ЗМТА наделяет ВКС функциями суда первой инстанции в противоречие с его структурным и функциональным положением контрольно-отменительного суда, как это предусмотрено Конституцией. С учетом характерных для арбитражного

решения отменительных оснований по ст.47 и правомочий ВКС согласно ст.49 ЗМТА, в мотивах к решению КС отмечается, что наряду с контрольно-отменительными функциями изменение ЗМТА наделяет ВКС и функциями по судопроизводству в первой инстанции, в рамках которого, однако, он не вступает в материально-правовые отношения между сторонами по делу. Ст.124 Конституции предусматривает в качестве основной функции ВКС осуществление высшего судебного надзора над точным и одинаковым приложением законов всеми судами. Из этого, однако, не следует, что согласно конституции на основании закона запрещено поручать ему и другие функции.

Чтобы отклонить заключение ВКС относительно того, что его компетенции по ст.47 ЗМТА нарушают конституционно установленное право на защиту граждан и юридических лиц на всех стадиях процесса, Конституционный суд признает, что "арбитражное производство, урегулированное ЗМТА, является своеобразным "этапом процесса" по смыслу абз.1 ст.122 Конституции, а производство по отмене арбитражного решения по ст.47 ЗМТА – следующим этапом. С этой точки зрения, поскольку абз.1 ст.122 in fine принимает во внимание наличие всегда более одного стадия процесса, то защита в рамках арбитражного процесса в целом обеспечивается в двух стадиях: в негосударственном, арбитражном суде и в государственном суде." В дополнение КС подчеркивает, что в случае отмены ВКС арбитражного решения, перед заинтересованной стороной остаются открытыми возможности защиты в исковом порядке, как в арбитражном, так и в государственном суде в зависимости от отменительного основания, обеспечивающего условия для полноценной реализации конституционного права на защиту граждан и юридических лиц.

Хотя суждение о двух стадиях арбитражного процесса не совсем выдержано с догматической точки зрения, т.к. предметом "судебного этапа" является контроль вступившего в силу решения, конечный вывод КС можно принять. Кроме того, в связи с правом защиты сторон будет не лишним припомнить, что они по взаимному согласию отказались от судебного процесса, который предоставляет им защиту в нормативно гарантированном количестве инстанций, и с целью быстрого разрешения вопроса предпочли одноинстанционный арбитражный процесс по сути спора.

2.3.2.5 В рамках производства по отмене, правомочия ВКС, предусмотренные ст.47 ЗМТА, ограничиваются всегда и единственно отменой арбитражного решения, и никогда - решением материально-правового спора по существу. Основания для отмены арбитражного решения, особенно после изменения ст.47 ЗМТА (см. п.2.3.2.1. выше), идентичны указанным в ст.V Нью-Йоркской конвенции, при наличии которых можно отказать в признании иностранного арбитражного решения или допущении его принудительного исполнения. Специфика арбитражного решения, его качество частноправового акта, совмещающего элементы юрисдикции и договора, делают общий исковой процесс непригодным и требуют отклонений от него, несмотря на то, что ВКС действует как первая и последняя инстанция по таким делам. Поэтому новое регулирование производства по иску об отмене арбитражного решения уже не ссылается на правила общего искового процесса, что предусматривалось прежней редакцией ст.47 ЗМТА.

2.3.2.6. Предъявление иска об отмене арбитражного решения не приводит к приостановлению исполнения вступившего в силу осудительного арбитражного

решения. Исполнение может быть приостановлено только ВКС в виде обеспечительной меры по иску об отмене против предоставления обеспечения в размере интереса в отмене арбитражного решения (абз.2 ст.48 ЗМТА).

2.3.2.7. Сокращая значительно время, необходимое для выяснения перспективы перед арбитражным решением, а посредством этого - и материально-правовых отношений между сторонами по делу, новая нормативная база поощряет использование арбитража как одной из уже утвердившихся альтернатив решения имущественных споров в судебном порядке. Она обеспечивает сочетание необходимости в быстром осуществлении контроля арбитражного решения с необходимостью в гарантиях правильности судебного решения. Одноинстанционное производство по иску об отмене, осуществление которого поручено самой высшей судебной инстанции ввиду высокого профессионального опыта судей, не уменьшает гарантии правильного решения специфических и щекотливых вопросов, обусловленных отменой арбитражного решения.

2.3.4. В доктрине содержится и мнение о том, что к формам судебного контроля арбитражного решения относится и выдача исполнительного листа на основании вступившего в силу арбитражного решения.

Компетенцией выдать исполнительный лист на основе арбитражного решения обладает только Софийский городской суд, имеющий исключительную юрисдикцию. Осудительное арбитражное решение представляет собой прямое исполнительное основание. Предпосылки выдачи исполнительного листа на основе такого решения идентичны предпосылкам выдачи исполнительного листа по судебному решению. Единственное дополнительное требование, предусмотренное абз.1 ст.51 ЗМТА, касается представления истцом доказательства о вручении решения должнику по исполнению.

С учетом этого в практике СГС возникло несколько случаев, когда судья (один и тот же) отказал в выдаче исполнительного листа с аргументом, что вынесение решения по этому спору не входило в компетенцию арбитражного суда. По поводу жалобы в связи с отказом в выдаче исполнительного листа Софийский апелляционный суд придерживался правильного, на мой взгляд, мнения, что в этом производстве он не обладает компетенцией выносить решение относительно действительности арбитражного соглашения, которым арбитраж обосновал свою собственную компетенцию. Такую проверку может осуществлять только ВКС по иску об отмене арбитражного решения.

III. Содействие арбитражу со стороны государственного суда

1.Арбитраж может обращаться за содействием к государственному суду только в случаях, специально указанных в ЗМТА. Государственный суд обязан оказать только предусмотренное законом содействие, а во всех остальных случаях, не урегулированных ЗМТА, он не обязан его оказывать и должен отказать в нем.

В связи с этой функцией государственных судов, касающейся арбитража, болгарская теория не может похвастаться углубленным изучением. Честно говоря, подобные исследования отсутствуют, а, если они и есть, то ограничиваются разъяснением установленных законодательством форм содействия. Поэтому я представлю вам свое личное мнение по этому вопросу.

На мой взгляд, законодателем предусмотрено оказание содействия арбитражу со стороны суда, исходя из двух оснований.

Необходимость в оказании содействия государственным судом вытекает, на первом месте, из договорного характера арбитража. Как и любой договор,

арбитражное соглашение порождает действие и является обязывающим только для заключивших его сторон, но не третьих лиц.

С другой стороны, арбитраж представляет собой частный суд, который не располагает государственной принудительной властью. Его процессуальные действия и решения порождают последствия только для сторон по арбитражному соглашению. В болгарской теории бесспорным считается то, что Res judicata арбитражного решения имеет то же содержание и объективные пределы, как и Res judicata судебного решения, и это должно учитываться государственными судами и другими государственными органами. Но, в отличие от судебного решения, она распространяется только на стороны по арбитражному соглашению, а не на третьих лиц.

Если государство дало разрешение на то, чтобы по взаимному согласию сторон вместо разбирательства в государственном суде применялся арбитраж, то оно должно обеспечить этим сторонам и арбитражу возможность преодолеть ограничения, вытекающие из частного характера арбитража и источника его правоприменительного правомочия. Несудебное арбитражное правоприменение является ответом на те же формы проявления незаконосообразного развития частноправовых отношений, которые делают необходимым и судебный гражданский процесс.

Вопрос о пределах и формах содействия, которое должен оказать суд, решается суверенно законом государства по месту арбитража при помощи императивных норм, которые арбитражные правила не могут действительно дерогировать. Допустимое судом содействие не может быть исключено эффективно и по соглашению сторон. Поэтому я считаю, что теория может обсуждать вопрос об охвате и формах содействия – о сужении или расширении сферы его применения - только de lege ferenda.

2.Действующее болгарское законодательство в сфере арбитража, предусматривает следующие формы содействия:

2.1. Обеспечение будущего или уже предъявленного искового заявления перед арбитражем. Ст. 9 ЗМТА предусматривает, что каждая из сторон арбитражного соглашения может потребовать у компетентного государственного суда до или во время арбитражного разбирательства обеспечения своего иска, к которому относится арбитражное соглашение. Договоренность об арбитраже не должна препятствовать обеспечению иска со стороны государственного суда. В соответствии со ст. 21. ЗМТА арбитражный суд может постановить обеспечение предъявленного иска только, если стороны не договорились об ином, то есть не исключили это правомочие. С другой стороны, арбитражный суд может распорядиться об обеспечительных мерах, которые действительны только по отношению к одной стороне по делу, но не такие, которые действительны в отношении третьих лиц.

2.2. Стороны арбитражного соглашения могут обратиться в государственный суд за обеспечением доказательств, если существует риск потери какого-либо из них, и потребовать предварительного предоставления обеспечения.

В обоих случаях суд соответствующей компетенции действует по предписаниям Гражданского процессуального кодекса. В соответствии с ними осуществляется и само разбирательство.

Следует подчеркнуть, что в соответствии со ст. 9 ЗМТА болгарский суд соответствующей компетенции обязан содействовать в обеспечении иска или

доказательств, даже если арбитражное производство осуществляется за рубежом, то есть осуществляется иностранным арбитражным судом. Такое содействие является выражением уважения к иностранному арбитражному суду, что проистекает из п. 2. ст. I Нью-Йоркской конвенции, которая обязывает страны-участницы признавать арбитражные соглашения, независимо от того, какой характер имеет арбитраж - внутренний или внешний

Обеспечение иска судом – нормальная практика по арбитражным делам. Чаще всего обеспечиваются будущие претензии. В случаях отказа арбитража в применении обеспечительных мер, которые потребовала одна из сторон по нерешенному делу, в связи с тем, что эти меры затрагивают права третьих лиц, например, отказа в постановлении мер по обеспечению в виде запрета или ареста имущества, стороны обращаются в суд. Там они должны доказать не только наличие предпосылок для допущения обеспечения, но и то, что в момент подачи заявления на обеспечение дело зависло в арбитражном суде.

2.3. Третья форма помощи предусмотрена ст. 37 ЗМТА. Согласно этой статье государственный суд обязан по требованию арбитражного суда или заинтересованной стороны с его одобрения потребовать от компетентного суда собрать некоторые необходимые по делу доказательства. Суд обязан выполнить просьбу в соответствии с положениями Гражданского процессуального кодекса. Сбор доказательств арбитражным судом может столкнуться с препятствиями, которые он не в состоянии преодолеть, ввиду того, что не имеет государственной власти, например, вызвать свидетеля, не желающего явиться, обязать третье лицо представить находящийся у него документ. В таких случаях арбитражное разбирательство не может быть обеспечено необходимыми доказательствами без помощи государственного суда, и существует риск принятия неправильного арбитражного решения. Государственный суд не имеет права по своему усмотрению удовлетворять или не удовлетворять просьбу. Как мы уже указывали, суд должен собрать необходимые доказательства.

Я хотела бы подчеркнуть, что в отличие от контроля, который сосредоточен в одном судебном органе, содействие – децентрализовано. Компетентные судебные органы отличаются между собой по степени и судебному округу и определяются по правилам Гражданского процессуального кодекса.

IV. Признание и допущение исполнения решения иностранных арбитражных судов.

Как было указано в начале настоящего выступления, его темой являются контроль и содействие местных арбитражных судов.

Признание и допустимость исполнения решений иностранных арбитражных судов не являются проявлением такого контроля. Это производство ставит другие проблемы, которые, несмотря на наличие ряда общих черт, не относятся к теме моего доклада.

Поэтому я отмечу только, что Болгария ратифицировала Нью-Йоркскую конвенцию, а экзекватура решений иностранных арбитражных судов урегулирована как производство в суде третьей (кассационной) инстанции. Первой инстанцией всегда является Софийский городской суд.

Болгарское законодательство не регулирует особо производство по экзекватуре решений иностранных арбитражных судов. При рассмотрении такого иска абз.3 ст.51 ЗМТА пересылает к положениям Кодекса международного частного права (2005 г.).

ENFORCEMENT AND EXECUTION OF ARBITRAL AWARDS AND SOVEREIGN IMMUNITY

Kaj Hober (Sweden)

Doctor of Law, Professor, Partner of "Mannheimer Swartling"

1. Introduction

One of the many advantages of international arbitration is the enforceability of awards. Arbitral awards are to a very large extent internationally enforceable. This is primarily thanks to the 1958 New York Convention and the 1965 Washington Convention on the basis of which the ICSID arbitration regime was established.

In a way these conventions encapsulate a very fundamental, idea underlying international arbitration: if the losing party does not voluntarily comply with the award, the wining party must be able to enforce the award. As will be discussed below, however, sovereign immunity may complicate things. Indeed, sovereign immunity may thwart any attempts to enforce an arbitral award against a state, or state entity.

Immunity is not a new issue in international arbitration, nor is it the most burning issue today. It is, however, a growing problem, particularly against the background of the ever increasing number of investment treaty arbitrations. The purpose of this article is to explore this problem a bit more in detail. In particular the focus will be on the last link in the arbitration chain: execution of the arbitra award against assets of the state. Needless to say, this is an exceedingly important aspect of international arbitration. Paraphrasing the well-known saying "The proof of the pudding is in the eating", it is obvious that the pudding – i.e. the award – is not worth much if it cannot be eaten, i.e. enforced. At the outset it is important to note that neither the New York Convention nor the Washington Convention regulates issues concerning sovereign immunity.

By way of introduction, it is also central to emphasize the difference between enforcement proceedings – for example proceedings based on the 1958 New York Convention where a party seeks leave to enforce the award – and execution where actual, physical measures of constraint are taken with respect to state property.

2. Sovereign immunity in general

2.1. Introduction

State and State enterprises are to an increasing degree participating in internationaltrade and commercial, economic and financial transactions. This fact leads to potentialproblems relating to sovereign immunity.

The question of State immunity and international arbitration is not a new issue.It has been addressed by practitioners and scholars alike on many occasions.[1]

This notwithstanding, many aspects of this issue remain unresolved. Most of theunresolved issues do not *directly* concern the arbitration proceedings. Typically, they arise only when the award has been rendered and when the winning side isseeking to enforce the award.While arbitrators generally aspire – somecommentatorswould even say that they have a duty – to render a valid and enforceable award, once

[1]For a comprehensive discussion of State immunity, see eg Badr, *State Immunity: An Analytical and Prognostic View* (1984); Schreuer, *State Immunity: Some Recent Developments* (1988). Fox, *The Law of State Immunity* (2002); Hafner *et al* (eds), *State Practice Regarding State Immunity* (2006).

anaward has been rendered, measures taken with respect to the award are typicallybeyond the control and authority of the arbitrators. On the other hand, there aresituations when questions of State immunity arise also for the arbitrators. Giventhe fact that State immunity is one of the most traditional topics of public internationallaw, and also of private international law, it is perhaps surprising that it stillpresents problems in international arbitrations.

State immunity is based on the concept of sovereignty in the sense that a sovereignmay not be subjected, without its approval, to the jurisdiction of another sovereign.In most Western and industrialized countries today the notion of restrictive Stateimmunity is broadly endorsed. In the former Soviet Union, certain other formersocialist States, and in some developing countries, however, the opposite andhistorically the more traditional view was usually adhered to,*viz*. the doctrine of*absolute State immunity*.[2]

The theory of *restrictive State immunity* rests on the distinction between commercialactivities (*acta jure gestionis*) and sovereign activities (*acta jure imperii*). Pursuant tothis theory a State enjoys immunity only for the latter category of acts. In otherwords, if a State engages in commercial activities it does not enjoy immunity withrespect to such activities. Even though the principle of restrictive immunity is easilyformulated and nowadays generally accepted, a number of open questions remain.One such question is to what extent immunity is, or perhaps should be, restrictedwhen it comes to execution of court judgments and arbitral awards against assets ofthe State. Also, it is not always easy to distinguish between commercial andsovereign acts. In fact, much of the debate during the last decades has focused onhow to make this distinction.[3]

In the final analysis, the choice is between focusing on the *nature* of the transaction or on the *purpose* of the transaction. It would seem that the predominant view is that the *nature* of the transaction ought to be decisive. As a consequence,a contract for purchasing boots for the army is viewed as a commercial transaction. The distinction between commercial and sovereign acts is critical also with respect to the possibility to execute an arbitral award. Unless the property in question is used or intended to be used for commercial purposes, in many jurisdictions it will be possible to execute an award against state property. In making this distinction courts seem to show considerable understanding and respect for states. In *Alcom v. Republic of Colombia*, for example, the English courts found that execution was not possible with respect to a bank account used by Colombia's diplomatic mission both in relation to commercial transactions and by the diplomatic mission[4]. Similarly in a US case

---

[2] With respect to the former Soviet Union, see eg Boguslaviskij, *Mezhdunarodnoe chastnoe pravo*(*Private International Law*) (1989) 148–154, 178–182. As will be explained below, the main successor State to the Soviet Union, the Russian Federation, has adopted the theory of restrictive State immunity. Among the leading trading nations it is only China which still adheres to the principle of absolute State immunity, see Hobér, Sovereign Immunity and International arbitration: Recent Developments, in Liber Amicorum Neil Kaplan (2012) 110-123.

[3] See eg Badr, *op cit* at 34 *et seq* and Schreuer, *op cit* at 10 *et seq*—several attempts have been made in municipal codifications, and otherwise, to define 'commercial acts', see eg section 3(3) of the BritishState Immunity Act; section 1603(d) of the US Foreign Sovereign Immunities Act; Article 2(1)(g)of the International Law CommissionDraft Articles on State Immunity, and Article IC of the Draft Convention prepared by the International Law Association.

[4] Alcom Ltd v. Republic of Colombia and others (1984) A.C. 580

involving enforcement of an ICSID award against Liberia, the claimant was granted leave to enforce the award, but not to execute it against shipping fees due to the Liberian government, nor against funds in the bank account of the Liberian Embassy.[5]

The theory of *absolute State immunity* is based on the idea that no suit may be broughtagainst a State without its consent. As far as Soviet law was concerned, this theory wasbased on the assumption that the State, the sovereign, is always one: it is always onesingle subject, although the manifestations of its legal personality may be manifold.It does not lose its sovereignty by entering into commercial transactions, be theyin the form of contracts, or otherwise. The State continues to act as a sovereign.

2.2. National legislation

As of today, there is no comprehensive international treaty of general application dealing with sovereignimmunity. This means that whenever issues relating to state immunity arise theywill be decided on the basis of the relevant national legislation, usually the law ofthe country before whose courts the issue in question is tried, as well as on customaryinternational law as understood and interpreted by such courts. Over the yearsmany attempts have been made to agree on an international convention on state immunity. The International Law Commission first took up the subject in 1977 atthe suggestion of the UN General Assembly. This initiative eventually resultedin the United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and TheirProperty which was adopted by the UN General Assembly on 2 December 2004but has not yet entered into force.[6]It will enter into force when thirty states havedeposited their instruments of ratification and approval with the UN Secretary General. This means that for the time being, issues of sovereign immunity in internationalarbitration are governed by national legislation. The UNConvention adopts, generally speaking, the theory of restrictive immunity. This approachhas long since been accepted by several leading trading nations. Examples include the1976 US Foreign Sovereign Immunities Act[7] and the 1978 UK State Immunity Act.[8]

Many arbitrations taking place in Sweden involve Russian entities and entities of other former Soviet Republics. It is therefore of particular interest, however briefly, to look at theapproach taken by Russian law to issues of sovereign immunity.

In the *Russian Federation* and other former socialist States there is a clear trend awayfrom the theory of absolute immunity towards restrictive immunity. In many of theformer socialist States, as well as in developing countries, the law of State immunityremains, however, shrouded in mystery.

As far as the former Soviet Union is concerned, with the exception of the three BalticStates, it is, generally speaking, fair to saythat mostformer republics follow thedevelopment of Russian law and often adopt solutions identical, or similar, to thoseadopted by the Russian legislator. It is therefore of particular interest to monitorthe development of Russian law. While there is a clear trend away from the absolutetheory of State immunity in Russian law, as will be explained in the following, theRussian legislator has still not adopted any legislative act in this field

---

[5]Liberian Eastern Timber Company v. Government of the Republic of Liberia, 650 F. Supp. 73 (S.O.N.Y. 1986).

[6]See p. 11*et. seq.,infra*.

[7]Foreign Sovereign Immunities Act of 1976, Pub L No 94-583, 90 Stat 2891 (1976), (codifiedat 28 USC §§ 1330, 1332 (a) (2)–(4), 1391 (f), 1441 (d), 1602–1611 (1976).

[8]State Immunity Act 1978, c 33.

which confirmsthat the restrictive theory has been adopted.[9] The situation is similar in most other former republics. This means that the traditional approach – absoluteimmunity – continues to colour the thinking of lawyers and State officials, since it has not beenofficially repealed, nor officially replaced by the theory of restrictive immunity.

There are two basic provisions in Russian law addressing State immunity, *viz.*, article401 of the Civil Procedural Code of the Russian Federation and article 251(1) ofthe Code of Arbitrazh Procedure of 5 May 1995.[10]

While the wording – and possibly the scope – of these provisions is different,they are both based on the theory of absolute State immunity. Article 124(1) ofthe Russian Civil Code could be viewed as heralding a new approach in that itstipulates that the Russian Federation 'shall act in relations regulated by civillegislation on equal principles with the other participants of these relations –citizens and juridical persons'. Article 127 of the Civil Code also provides for alaw on State immunity to be adopted. As mentioned above, however, no such lawhas been adopted. On the other hand, two draft laws on State immunity havebeen prepared. Both drafts are based on the theory of restrictive immunity.[11] The trend away from absolute immunity was also confirmed by President Yeltsin inMay of 1998 in an opinion on a draft law sent to the chairman of the State Duma.[12] The opinion was prepared with respect to a Draft Law on the Administration ofState Foreign Financial Assets inherited by the Russian Federation. Theopinion is not a wonder of clarity, but it is clear that the approach taken in it is based onthe theory of restrictive State immunity. A recent confirmation of theaforementioned trend is a so-called information letter issued by the Presidium ofthe Supreme Arbitrazh Court of the Russian Federation.[13] In the informationletter comments are provided with respect to two actual court cases involving embassies in Moscow. In effect the Presidium of the Supreme Arbitrazh Courthas accepted the theory of restrictive immunity. This is particularly interestingsince the Code of Arbitrazh Procedure, as mentioned above, prescribes absoluteimmunity.

It follows from the brief account above that Russian law seems to be moving awayfrom the theory of absolute State immunity.

It is reasonable to assume that other former republics will, sooner or later, followsuit. For the time being, however, the law of State immunity is in a transitionalstage.

A recent confirmation of Russia's acceptance of restrictive immunity is the Sedelmayer case decided by the Swedish Supreme Court on 1 July 2011.

In 1998 Mr. Sedelmayer, a German citizen, won an investment treaty arbitration against The Russian Federation.[14] The Russian Federation challenged the award in the

---

[9] It should be noted, however, that the Russian Federation has signed but not ratified the UN Convention.

[10]It must be noted that the Arbitrazh courts, whose activities are governed by the Code of ArbitrazhProcedure, have nothing to do with arbitration, but are rather specialized State Courts for commercialand economic disputes.

[11]For a discussion of the two drafts, see Bykhovskaya, 'State Immunity in Russian Legislation andJudicial Practice', in *Uppsala Yearbook of East European Law* (2003) 271–309.

[12]Ibid, 4–9.

[13]Ibid, 16–19 – Information Letters are regularly issued by the two Supreme Courts of theRussian Federation, ie, the Russian Supreme Court and the Supreme Arbitrazh Court. Suchletters are mainly of an explanatory nature. They include overviews of recent decisions of theSupreme Courts and provide lower courts with instructions on how to interpret and apply statutoryprovisions.

[14]The award is reproduced and discussed in Hobér, *Investment Arbitration in Eastern Europe: InSearch of a Defi nition of Expropriation* (2007) 46 *et seq*, Appendix 1.

Stockholm District Court which had jurisdiction under the 1929 Swedish Arbitration Act to try challenges. The arbitral award was not set aside. In the judgment of the Stockholm District Court, the Russian Federation was ordered to pay Mr Sedelmayer's legal costs. In seeking to enforce this judgment, Mr Sedelmayer applied to the Enforcement Agency requesting execution in a piece of real estate in Stockholm for which the Trade Representation of the RussianFederation was the registered owner. The Enforcement Agency eventually found that the requested execution measure could not be granted due to sovereign immunity. This decision was appealed by Mr Sedelmayer to the District Court of Nacka – a suburb of Stockholm – which upheld the decision of the Enforcement Agency. Mr Sedelmayer then appealed to the Svea Court of Appeal. In its decision of 17 December 2009, the Svea Court of Appeal found that execution measures could be taken with respect to the real estate in question and with respect to rent paid by tenants in the building situated on the property.

The Russian Federation subsequently brought the case before the Swedish Supreme Court. Its primary argument was that no execution measures could be taken because the Russian Federation as the owner of the building enjoyed immunity.

It is important to emphasise that the Russian Federation did not rely on the theory of absolute immunity in raising the sovereign immunity defense. Rather, it argued that it enjoyed immunity because the building was used for sovereign purposes (*acta iure imperii*) and not for commercial purposes (*acta iure gestionis*). The Russian Federation thus hereby accepted – at least implicitly – the theory of restrictive immunity.

The decisive issue for the Supreme Court was to determine whether the building was used for official, non-commercial purposes or for commercial purposes. This analysis was, as a matter of principle, done on the basis of Swedish law. There is no general legislation in Sweden on sovereign immunity. Cases are few. Sweden has, however, ratified the UN Convention. The Swedish Parliament has decided that if and when the UN Convention enters into force, the text of the Convention will be incorporated into Swedish law, as a Swedish statute.[15] Against this background it is interesting to note that in its analysis, the Supreme Court relied heavily on the UN Convention.

The test applied by the Supreme Court was to determine the *actual* use of the building at the time when the application was made to the Enforcement Agency, in particular because the building had not been notified to the Swedish Foreign Office as official premises of the Russian Trade Delegation.

The Supreme Court found that the building in question was an apartment building which was not used for official purposes of the Trade Representation. Fifteenapartments were used by diplomats, and two premises were used as archive, respectively, garage for diplomats' vehicles. The Supreme Court explained that the physical integrity of these premises was protected by the provisions of the 1961 Vienna Convention on Diplomatic Relations. To determine whether the aforementioned use was sufficient to exempt the building from execution, it is, said the Supreme Court, necessary to analyse how the rest of the building was used at the relevant time. The court found that such other use was of a private, but not commercial, nature, and not of an official nature.

Mr Sedelmayer had argued that approximately 60 persons were tenants in the building – none of whom were registered as diplomats with the Swedish Foreign

---

[15]For a discussion of sovereign immunity under Swedish law, see Hobér , *International Commercial Arbitration in Sweden* (2011), pp. 20-31.

Office – that ten tenants were Swedish citizens and that two Swedish businesses had their registered business at the address of the building.

The Russian Federation pointed out that eleven apartments were used by, *inter alia*, staff at the trade mission, that eleven apartments were used by students and researchers doing work within the framework of an inter-governmental agreement, that 14 apartments were used as temporary residences and offices for persons with official assignments to Sweden and that the tenants paid compensation only for costs.

Taking all things together, the Supreme Court found that the building was not to a significant extent used for the official purposes of the Russian Federation. Nor had the nature of the use of the building otherwise been of a sufficiently qualified nature so as to exempt the building from executory measures.

With respect to rent payments, the Supreme Court explained that a claim for rent is an asset of a commercial nature because it has arisen based on activities of a private nature. The fact that the rent is intended to cover only costs is irrelevant in this respect.

2.3. The UN Convention

On 2 December 2004, the UN General Assembly adopted the UN Convention onJurisdictional Immunities of States and Their Property (the 'Convention').[16] The Convention is the first modern multilateral instrument to adopt a comprehensiveapproach to issues of sovereign immunity from suits in foreign courts. It therefore merits a brief discussion. It is also reasonable to assume that the Convention, and the approach taken in it, will contribute to the further development and refinement of international as well as municipal law in this area.

The Convention, which has not yet entered into force, was open for signature by allStates until 17 January 2007.[17] It was signed by 28 States.[18] So far eight States haveratified the Convention.[19]Thirty ratifications are required for the Convention toenter into force.[20]

The Convention applies to the immunity of a State and its property from thejurisdiction of the courts of another State.[21] The Convention does not apply tothe immunities enjoyed by a State with respect to its diplomatic and consular missionsor persons connected with them. Nor does it apply to immunities accordedheads of States *ratione personae* or to immunities enjoyed with respect to aircraft orspace objects owned or operated by a State.[22]

The Convention codifies the basic customary international law principle that a'State enjoys immunity, in respect of itself and its property, from the jurisdiction ofthe courts of another State'.[23]

---

[16]The Jurisdictional Immunities Convention was adopted during the 65th plenary meeting of theGeneral Assembly by resolution A/59/38 of 2 December 2004

[17]See Article 28 of the Jurisdictional Immunities Convention.

[18]Austria**,** Belgium, China, Czech Republic, Denmark, Estonia, Finland, France, Iceland, India, Iran(Islamic Republic of), Japan, Kazakhstan, Lebanon, Madagascar, Mexico, Morocco, Norway, Paraguay,Portugal, Romania, Russian Federation, Senegal, Sierra Leone, Slovakia, Sweden, Switzerland, Timor-Leste, and United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland.

[19]Austria, Iran (Islamic Republic of), Kazakhstan, Lebanon, Norway, Portugal, Romania, andSweden.

[20]See Article 30(1) of the Convention, which provides: 'The present Convention shall enter intoforce on the thirtieth day following the date of deposit of the thirtieth instrument of ratification,acceptance, approval or accession with the Secretary-General of the United Nations.'

[21]Article 1 of the Convention.

[22]Ibid, Article 3.

[23]Ibid, Article 5

The importance of the Convention is that it clarifies the exceptions to this principle.In particular, it embraces the restrictive theory of sovereign immunity, according towhich governments are subject to essentially the same jurisdictional rules as privateentities in respect of their commercial transactions.

As indicated above, the general rule of the Convention is that a foreign state isentitled to immunity from the jurisdiction of the forum state, and the forum statemust refrain from exercising that jurisdiction in a proceeding before its courts,unless one of the stated exceptions to that immunity applies. These exceptions aredescribed below.

(i) Waiver of jurisdictional immunity

Article 7 of the Convention sets forth thebasic principle that a State may validly waive its right to immunity from jurisdiction.Article 7 provides that

> A State cannot invoke immunity from jurisdiction in a proceeding before a court ofanother State with regard to a matter or case if it has expressly consented to the exerciseof jurisdiction by the court with regard to the matter or case: (a) by internationalagreement; (b) in a written contract; or (c) by a declaration before the court, or bymeans of a written communication in a specific proceeding.

Nor may a State, according to Article 8, invoke immunity from jurisdiction in aproceeding before a court of another state if it has itself instituted the proceedingin question, intervened in that proceeding, or 'taken any other step relatingto the merits'. Moreover, a State instituting a proceeding before a court ofanother State cannot invoke immunity from the jurisdiction of the court inrespect of any counterclaim arising out of the same legal relationship or facts asthe principal claim.[24]

(ii)The exception for commercial transactions

One of the most important, ifnot the most important, exception from immunity under the Convention is theexception for commercial transactions. Article 10 of the Convention providesthat:

> If a State engages in a commercial transaction with a foreign natural or juridical personand, by virtue of the applicable rules of private international law, differences relatingto the commercial transaction fall within the jurisdiction of a court of another State, theState cannot invoke immunity from that jurisdiction in a proceeding arising out ofthat commercial transaction.

Article 10 must be read together with Article 2(1)(c), which provides that:
'commercial transaction' means:

> any commercial contract or transaction for the sale of goods or supply of services;
>
> any contract for a loan or other transaction of a financial nature, includingany obligation of guarantee or of indemnity in respect of any such loan ortransaction;
>
> any other contract or transaction of a commercial, industrial, trading or professionalnature, but not including a contract of employment of persons.

To a large extent commercial activities of a State are carried out by its State-ownedcompanies or other forms of commercial enterprises. The Convention, however,does not expressly regulate the status of State-owned commercial enterprises. Article10(3) provides that when a State enterprise (or other entity established by a State)that has an independent legal personality and is capable of suing and being

---

[24]Ibid, Article 9.

sued,and of acquiring, owning or possessing, and disposing of property (including bystate authorization), is involved in a proceeding that relates to a commercial transactionin which that entity is engaged, the immunity from jurisdiction enjoyed by that State shall not be affected. However, the question whether a State-ownedenterprise enjoys derivative immunity by virtue of their State ownership or interestis not regulated by the Convention. This should not cause practical problems, sinceeven if such a State-owned enterprise would be deemed to enjoy derivative immunity,the exception for commercial transactions in Article 10 would apply. However,given the extent to which State-owned enterprises, State pension funds, sovereignwealth funds, and similar entities are involved in international trade, it would nevertheless have been beneficial to have the status of such enterprises clarified bythe Convention.

Arbitration

According to Article 1, the Convention applies only to the 'immunity of States andits property from the jurisdiction of the *courts* of another State' (emphasis added). Thus, the Convention does not address the question of *immunity from the jurisdictionof arbitral tribunals*. Being a consensual and private form of dispute settlement, theconclusion of an arbitration agreement by a State, is widely considered to constitutea waiver of any objections of immunity by such State before an arbitral tribunalconstituted in accordance with such arbitration agreement.[25] In fact since arbitratorsare private citizens who cannot exercise any governmental authority, there is nothing to be immune from. This principle, however, has not been codified by theConvention.

The Convention, however, provides one important clarification regarding the effectof an arbitration agreement with respect to supervisory jurisdiction over the arbitralproceedings by foreign courts. Article 17 of the Convention provides that:

If a State enters into an agreement in writing with a foreign natural or juridical person to submit to arbitration differences relating to a commercial transaction, that Statecannot invoke immunity from jurisdiction before a court of another State which isotherwise competent in a proceeding which relates to:

(a) the validity, interpretation or application of the arbitration agreement;

(b) the arbitration procedure; or

(c) the confirmation or the setting aside of the award, unless the arbitration agreementotherwise provides.

Thus, Article 17 reflects the widely accepted principle that a valid consent toarbitration constitutes a waiver of immunity in relation to the supervisoryjurisdiction over the arbitral proceedings by foreign courts that are competentin the matter.

(iii) Immunity from execution

The Convention also includes provisions dealing withthe possibility of seeking execution of judgments, orders, arbitral awards etc. againstproperties or assets belonging to foreign States. The Convention uses the term'measures of constraint' to describe the variety of mechanisms available underdomestic law for enforcing such judicial orders. It addresses pre-and post-judgmentmeasures in separate Articles, Articles 18 and 19, respectively.

In accordance with these provisions the basic rule in either case is that no measuresof constraint may be taken against State property unless, and to the extent

[25]Cf eg Shaw, *International Law* (2nd edn, 1988) 373.

that,the State has *expressly* consented to such measures by international agreement,by an arbitration agreement or in a written contract, or by a declaration beforethe court or in a written communication after a dispute has arisen, or if the Statehas allocated or earmarked property for the satisfaction of the claim that is the objectof the proceeding.[26] It is important to keep in mind, however, that the merewaiver of immunity from jurisdiction, or the inclusion of a regular arbitrationclause in the contract, does not imply consent to pre-judgment or post-judgmentmeasures of restraint under Articles 18 and 19. For a State to be deemed to havewaived its immunity from execution, the waiver of immunity from jurisdictionclause or the arbitration clause must contain additional wording accordingto which the State expressly consents to being subjected to measures ofconstraint.[27]

Importantly, however, with respect to post-judgment measures of constraint, theConvention provides for an additional exception from immunity from execution,viz, the Convention permits post-judgment measures of constraint with regard toproperty in the territory of the forum State that is specifically in use or intended foruse by the State for other than government non-commercial purposes, providedthat post-judgment measures of constraint may only be taken against property thathas a connection with the entity against which the proceeding was directed.[28]Thus,the Convention recognizes that judgments and arbitral awards may be executedagainst 'commercial assets' of a State. It must be emphasized, however, that withregard to arbitral awards, the Convention only comes into play after such an awardhas been found enforceable in the forum State.[29]

A significant limitation of the possibility to execute judgments or awards against'commercial assets' of the unsuccessful State, however, is that the measures ofconstraint 'may only be taken against property that has a *connection with the entityagainst which the proceeding was directed* ' (emphasis added).[30]This qualification thusprevents the successful party from seeking enforcement against *any* commercialassets of the State in question. The assets must have a *connection* with the specific*entity* against which the underlying court proceedings or arbitral proceedings weredirected. According to the Annex to the Convention:

> The expression 'entity' in subparagraph (c) means the State as an independentlegal personality, a constituent unit of a federal State, a subdivision of a State, anagency or instrumentality of a State or other entity, which enjoys independentlegal personality.
>
> The words 'property that has a connection with the entity' in subparagraph (c) are tobe understood as broader than ownership or possession.'

Article 19 does not prejudge the question of 'piercing the corporate veil', ie questionsrelating to a situation where a State entity has deliberately misrepresented its financial position or subsequently reduced its assets to avoid satisfying a claim.

---

[26]Articles 18 and 19 of the Convention.

[27]Articles 18 and 19 require that the State has 'expressly consented to the taking of such measures'.Moreover, Article 20 of the Convention further provides that: '[w]here consent to the measures ofconstraint is required under articles 18 and 19, consent to the exercise of jurisdiction under article 7shall not imply consent to the taking of measures of constraint'.

[28]Article 18(c) of the Convention.

[29]See Chapter 9.

[30]Article 18(c) of the Convention.

The requirement of a *connection* between the state entity against which the proceedingswere directed and the assets against which enforcement is sought is thussomewhat softened by the clarification that connection shall have a broadermeaning than ownership. Furthermore, the Convention does not exclude thepossibility of 'piercing the corporate veil' if the entity in question has deliberatelybeen 'shielded' from execution by the respondent State.

3. Sovereign Immunity and Arbitration

3.1. General observations

Surprising as it may sound, it is still not unusual that States, and State entities involvedin international arbitrations, or counsel representing them, rely onState immunity seeking to avoid the arbitration. The argument is that the arbitratorslack jurisdiction since the State enjoys immunity.

While such arguments and objections may require a certain amount of time toaddress and resolve, today they do not constitute a problem from a legal point ofview. It is long since accepted that arbitrators derive their authority from thearbitration agreement entered into by the parties. The arbitrators sit there becausethe parties have agreed to put them there. Arbitrators do not represent any sovereignnor the interests of any sovereign. In most legal systems arbitrators do not, andcannot, exercise any State authority, but only the authority given to them by theparties. Arbitration is thus an entirely private dispute settlement mechanism andthe proceedings before the arbitrators have nothing to do with the exercise of Stateauthority. Consequently, for a sovereign State involved in international arbitration,there is simply nothing to be immune from. Accordingly, if a sovereign State, whichhas entered into a contract providing for arbitration, pleads immunity before anarbitral tribunal, such an objection should, and will, be rejected. The resulting award will notbe either void or challengeable because of such rejection.

In addition to the simple fact that there is nothing to be immune from, the conclusionmentioned above follows from the well-known Latin maxim *pactasunt servanda*('agreements must be kept'). In many, if not most, jurisdictions, an arbitration clause is regardedas waiver of immunity from suit. The commitment made by the sovereignState when accepting arbitration is binding and irrevocable. To put it in somewhatdramatic terms: a sovereign State must be sovereign enough to make abinding promise. Accepting that a promise to arbitrate requires 'confirmation' by thesovereign State before the tribunal would in fact be to undermine the sovereignty of the State.

In international commercial arbitration today it is not a bold statement to say that avalid arbitration clause constitutes a waiver of State immunity in relation to mostforms of court proceedings relating to arbitration, including so-called *ancillary proceedings*, ie proceedingswhere a court of law is asked to come to the assistance of the arbitration proceedings,eg to appoint and replace arbitrators. The arbitration clause would also constitute awaiver with respect to *challenge proceedings* before courts. If the State has won anaward which is being challenged by the other party, the State would not be in a positionsuccessfully to raise a jurisdictional objection based on sovereign immunity. This is alsothe case with respect to *recognition and enforcement proceedings*, i.e. proceedings brought in a court oflaw to have the award recognized and to obtain *exequatur*, i.e. leave to enforce it.

As far as English law is concerned, this is illustrated by the following statement by the Court of Appeal in *Svenska Petroleum Exploration AB v. Government of the Republic of Lithuania and another*, decided in 2006:

"The judge held that there was no basis for construing section 9 of the State Immunity Act (particularly when viewed in the context of the provisions of section 13 dealing with execution) as excluding proceedings relating to the enforcement of a foreign arbitral award. We think that is right. Arbitration is a consensual procedure and the principle underlying section 9 is that, if a state has agreed to submit to arbitration, it has rendered itself amenable to such process as may be necessary to render the arbitration effective. Mr. Shackleton accepted that proceedings in support of the arbitral process itself as well as proceedings challenging the award fall within section 9(1), but submitted that proceedings to enforce the award do not. We are unable to accept this distinction. The Act itself draws a distinction between proceedings which relate to the arbitration (section 9) and process in respect of property for the enforcement of an award (section 13). In our view an application under section 101(2) of the Arbitration Act 1996 for leave to enforce an award as a judgment is, as subsection (1) recognises one aspect of its recognition and as such is the final stage in rendering the arbitral procedure effective. Enforcement by execution on property belonging to the state is another matter, as section 13 makes clear".[31]

3.2. The scope of waiver of immunity

As mentioned above, a distinction is generally made between immunity from jurisdiction and immunity from attachment and execution. As far as international arbitration is concerned, the only immunity issue which is still open seems to be that of immunity from execution. It could perhaps be said that it is one thing to pronounce an award or/a judgment against a sovereign state, but quite another to use force against the property of that state, and that greater caution must be exercised in the latter respect. It is reasonable to question, however, if this holds, or should hold, true with respect to international arbitration which is based on the agreement of the parties. They agree that the resulting award is final and binding, and that they will comply with it.

An important issue in this context is the exact scope of a waiver of State immunity in the form of an arbitration clause.As explained above the generally held view today is that an arbitration clauseconstitutes waiver of immunity from the jurisdiction of foreign courts exercisingtheir ancillary role in international arbitration and that the ancillary role extends tothe declaration of enforceability of an arbitral award. In several legal systems it is,however, still an open question whether such waiver extends also to the *execution*of an arbitral award. It is generally accepted that states can waive immunity from execution. In addition, the view is often expressed that such waivers must be "explicit", which is usually understood to mean that language like "/the state/ hereby waives immunity from execution" or, similar must be used. On this view, a general waiver of immunity would not be sufficient.

In jurisdictions where the principle of restrictive immunity is applied, execution against state property can be had on the assumption that the property in question is commercial, or is intended for commercial purposes. With respect to Germany this is illustrated by the Sedelmayer case.

In 1998 Mr Sedelmayer, a German citizen, won an investment treaty arbitrationagainst the Russian Federation.[32]For many years Mr Sedelmayer tried to enforcethe award

---

[31](2006) EWCA Civ 1529 at 117. Cf. NMC Capital Ltd v. Republic of Argentina – (2011) UKSC 31 – where the Supreme Court held that Argentina could not rely on State immunity in respect to enforcement proceedings; the bonds in question had a broadly worded waiver of immunity clause.

[32]The award is reproduced and discussed in Hobér, *Investment Arbitration in Eastern Europe: InSearch of a Defi nition of Expropriation* (2007) 46 *et seq*, Appendix 1.

against assets of the Russian Federation, primarily in Germany.[33] For along period of time the Russian Federation was successful in raising the sovereignimmunity defence against such enforcement measures. Eventually, however,Mr Sedelmayer found real estate in the city of Cologne owned by the RussianFederation, but used for commercial purposes.[34]

French courts have issued two decisionswhich are of particular interest with respect to immunity from execution. In *Creighton v Qatar*[35] the French Court of Cassationruled that a State, by signing an ICC arbitration clause – including the undertakingto carry out the award in accordance with the terms of Article 24 of the ICC Rules ofArbitration – has, at least implicitly, waived immunity from execution. Article 24of the ICC Rules of Arbitration (then in force) provided in its second paragraph that'by submitting the dispute to arbitration by the International Chamber of Commerce,the parties shall be deemed to have undertaken to carry out the resulting awardwithout delay and to have waived their right to any form of appeal insofar as suchwaiver can validly be made'.[36] Generally speaking, the decision in *Creighton v Qatar* wellillustrates the impact of State immunity on international commercial arbitrationfrom the very beginning of the proceedings until and including the enforcement ofthe resulting award. Also, it is probably fair to assume that the outcome correspondsto the expectations of most participants in international arbitrations.

The other French decision is that of the Paris Court of Appeal in *Embassy of the RussianFederation v Compagnie Noga d'importation et d'exportation*.[37] In this case the RussianFederation had signed not only an arbitration clause – providing for arbitration at theStockholm Chamber of Commerce – but also an express waiver 'of any right of immunity'. This notwithstanding, the Paris Court of Appeal ruled that such an explicitwaiver did not extend to the immunity from execution guaranteed by the 1961 ViennaConvention on Diplomatic Relations and by customary international law on diplomaticimmunities. The court did not explain, however, why in its view diplomatic immunity had not been waived. Consequently, the Court of Appeal ordered the lifting of the arrestorders obtained by Noga with respect to bank accounts opened in the name of theRussian Embassy and other diplomatic entities of the Russian Federation.[38]

Generally speaking it would seem reasonable to assume that the ruling in *Creighton v. Qatar* corresponds to the expectations of most users of arbitration, In other words, if a sovereign has agreed to arbitration, it has also agreed not to raise the defence of immunity in respect of execution of the arbitral award. Seen from an

---

[33]For an overview of the court proceedings in Germany, see Stumpe, SIAR 2008:2, p 167 *et seq.*

[34]The same approach is taken by the 1978 UK State Immunity Act, Section 13, as well as by the 1976 US Foreign Sovereign Immunities Act, Section 1610.

[35]The decision was rendered on 6 July 2000, An English translation appears in Mealey's International Arbitration Report, September 2000 at A-I.

[36]A similar provision is found in Article 28 of the revised ICC Rules which took effect on 1 January1998.

[37]Case No 2000/14157, Paris Court of Appeal, 1st Chamber, Section A. The decision was rendered on 10 August 2000. See 1 *Revue D'Arbitrage* (200 l) 114–134, and *ICCA Yearbook Commercial Arbitration* (2001) 273–276.

[38]In a decision of 12 May 1999, the Cour de Cassation overturned the decision of the Court ofAppeal, but it did accept that Court's reasoning with respect to the relationship between a waiver ofimmunity from execution and diplomatic immunity

arbitration perspective the position of the French Court of Cassation is logical. It ensures that the last link in the arbitration chain remains strong. It is unclear, however, to what extent French courts have continued the approach taken in *Creighton v. Qatar*. In a recent decision, the Court of Cassation seems to have resorted to a stricter approach to immunity from execution, albeit in a situation where there was no arbitration clause. In *NMC Capital Ltd v. Argentina*, decided in 2013, the Court of Cassation refused execution of a US court judgment concerning payment obligations under treasury bonds. The court said that the assets against which execution was sought were not used for commercial purposes and could therefore not be executed against. The court went on to say that a waiver of immunity fromexecution must be specific and must mention the property, or categories of property, to which it refers. In so doing the court referred to the UN Convention.

In jurisdictions where the principle of the restrictive immunity applies, it is possible to execute against state property which is commercial and/or used for commercial purposes. It should be noted that this follows from the principle of restrictive immunity and is not a consequence of the arbitration agreement. Most states do not have, *ex rerum naturae*, a multitude of commercial assets, or assets used for commercial purposes. To the extent that they have, such assets, are usually held by separate legal entities owned by the state. Such assets would be available for execution only if the winning party were able to pierce the corporate veil. This is very difficult in most jurisdictions. In practice therefore, it is usually difficult for winning parties to find suitable state property. It could perhaps be argued that not being able to execute an arbitral award due to sovereign immunity undermines the system of international arbitration, based as it is on the agreement of the parties to an arbitration clause to treat a resulting award as final and binding. Most users of arbitration would be very disappointed to find out that after lengthy and costly proceedings they cannot make themselves paid.

That seems to be, however, where we to stand today. Parties should thus be aware of this rather troubling aspect of international arbitration involving states and state entities. Unless the waiver effect of arbitration clauses is up-graded – either by way of a treaty, or in the jurisprudence of municipal courts – to include also waiver from execution of an arbitral award, parties must include in their contracts specific, detailed and explicit clauses waiving immunity from execution. While this would seem to be, at least theoretically, possible with respect to commercial contracts, it requires the re-negotiation of investment protection treaties, which does not seem to be quite realistic.

ПРЕДЕЛЫ ДОПУСТИМОГО ВМЕШАТЕЛЬСТВА СУДА В МЕЖДУНАРОДНЫЙ АРБИТРАЖ В УКРАИНЕ: ОБЗОР ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА И СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ[1]

Белоусов П. (Украина),

адвокат,
старший юрист АО «ЮФ «Василь Кисиль и партнеры»

"…[J]ust as no man or woman is an island, so no system of dispute resolution can exist in a vacuum". - Julian D M. Lew[2].

В отличие от государственных судов, компетенция арбитражного (третейского) суда основывается исключительно на арбитражном соглашении сторон, которое является доказательством согласия сторон на передачу спора в арбитраж и, одновременно, исключает возможность рассмотрения спора государственным судом. Таким образом, одним из процессуально-правовых последствий заключения арбитражного соглашения является договорное исключение юрисдикции государственных судов в отношении споров между сторонами такого арбитражного соглашения, что, собственно, и обеспечивает определенную автономность существования и деятельности международного арбитража.

Однако, несмотря на вышеуказанную автономность международного арбитража, существование международного арбитража и эффективность арбитражного рассмотрения дела в конкретной юрисдикции непосредственно зависит от государственных судов, наделенных властными полномочиями контроля и содействия арбитражному рассмотрению дел, которыми не обладает международный арбитраж.

Одним из процессуально-правовых последствий заключения арбитражного соглашения является договорное исключение юрисдикции государственных судов в отношении споров между сторонами такого арбитражного соглашения, что, собственно, и обеспечивает определенную автономность существования и деятельности международного арбитража.

В тоже время существование международного арбитража и эффективность арбитражного рассмотрения дела в конкретной юрисдикции непосредственно зависит от государственных судов, наделенных властными полномочиями контроля и содействия арбитражному рассмотрению дел, которыми не обладает международный арбитраж.

---

[1]Доклад выступления на конференции «Международные арбитражные чтения памяти И.Г. Побирченко» 15 ноября 2013 был подготовлен на основании ранее опубликованной статьи автора: *П. Бєлоусов* Межі дозволеного втручання державного суду в міжнародний арбітраж в Україні: огляд законодавства та судової практики // Науково-практичний журнал «Альтернативне вирішення спорів» № 1/2013 – стор. 16 – 24.

[2]Пер. с англ.: «Система разрешения споров не может существовать в вакууме, также как мужчина или женщина не могут находиться в абсолютной изоляции от других» // Lew, Julian D M. "Does National Court Involvement Undermine the International Arbitration Processes?" American University International Law Review 24, No. 3 (2009): page 492.

Однако, такое вмешательство судов в международный арбитраж в Украине, как и где-либо в мире, должно осуществляться в исключительно законодательно установленных случаях.

Пределы допустимого вмешательства суда в международный арбитраж

Законодательство Украины о международном коммерческом арбитраже было разработано и принято на основе Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже (в редакции 1985 г.) и, таким образом, содержит соответствующие положения в отношении пределов вмешательства судов в международный арбитраж (ст. 5 Типового закона ЮНСИТРАЛ).

В частности, согласно ст. 5 Закон Украины «О международном коммерческом арбитраже» (далее – «*Закон о МКА*»):

«*По вопросам, регулируемым настоящим Законом, не допускается никакое судебное вмешательство, кроме как в случаях, когда оно предусмотрено в настоящем Законе*».

Согласно Закону о МКА и разъяснениям Пленума Верховного суда Украины, указанным в п. 19 постановления № 12 от 24 декабря 1999 г. «*О практике рассмотрения судами ходатайств о признании и приведении в исполнение решений иностранных судов и арбитражей и об отмене решений, вынесенных в порядке международного коммерческого арбитража на территории Украины*», такими случаями, когда суды должны исполнять возложенные на них функции в отношении контроля и содействия международному арбитражу, является обращение в компетентный суд:

(i) с заявлением об отсутствии у третейского суда компетенции на рассмотрение спора (ч.3 ст.16 Закона о МКА);
(ii) с ходатайством о признании и предоставлении разрешения на принудительное исполнение арбитражного решения на территории Украины (ст.35 Закона о МКА);
(iii) с ходатайством об отмене арбитражного решения, вынесенного в Украине (ст.34 Закона о МКА);
(iv) с ходатайством об обеспечительных мерах в поддержку арбитража (ст.9 Закона о МКА);
(v) с ходатайством об оказании содействия в получении доказательств (ст.27 Закона о МКА), а также
(vi) за исполнением судом арбитражного соглашения в случае обращения одной из сторон в государственный суд с иском, который является предметом арбитражного соглашения (ст.8 Закона о МКА).

Роль государственных судов состоит в должном обеспечении ожиданий и уверенности сторон и арбитров в том, что во всех вышеуказанных случаях, когда требуется или ожидается вмешательство суда, такое вмешательство всегда будет во благо международного коммерческого арбитража.[3]

---

[3]Analytical Commentary on the Draft Text of a Model Law on International Commercial Arbitration // Year Book of the UNCITRAL, Volume XVI, 1985. - 104, Art. 5.

Несмотря на тот факт, что вышеуказанный перечень является исчерпывающим и включает все функции государственных судов в отношении контроля и содействия касательно международного арбитража в Украине, судебная практики далека от однообразности и однозначности в подходе к рассмотрению указанных категорий дел.

Ниже рассмотрим некоторые примеры из практики судов Украины в части реализации своих обязательств по оказанию содействия международному арбитражу и полномочий контроля, предусмотренных действующим законодательством Украины.

Обращение в суд с ходатайством об отмене арбитражного решения, вынесенного в Украине

Дело № 2-310/02

21 ноября 2002 года Апелляционный суд г. Киева своим определением по делу № 2-310/02, оставленным без изменений согласно определению Верховного суда Украины от 16 октября 2003 года по делу № 6-879кс03, отклонил ходатайство об отмене решения Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Украины (далее - «*МКАС при ТППУ*») ввиду нижеследующего:

(i) МКАС при ТППУ является компетентным арбитражем для рассмотрения спора по договору между сторонами, несмотря на тот факт, что арбитражное соглашение содержало отсылку к арбитражу в ТПП Украины;

(ii) «*[В]опросы доказанности возражений [ответчика] не входит в компетенцию Апелляционного суда г.Киева, а решение в этой части не противоречит публичному праву Украины*».

(iii) При рассмотрении дел об отмене арбитражных решений, государственные суды уполномочены лишь на проверку исчерпывающего перечня оснований для отмены арбитражного решения, указанного в ст. 34 Закона о МКА.

Дело № 761/20746/13-ц

Определением от 03 сентября 2013 года по делу № 761/20746/13-ц, Шевченковский районный суд г. Киева отменил решение МКАС при ТППУ от 04.04.2013 года по делу АС № 195а/2012, ссылаясь на нижеследующие выводы и правовые позиции, установленные в указанном деле:

(a) «*При рассмотрении данной категории дел суд не рассматривает спор по сути, а лишь устанавливает наличие или отсутствие оснований для отмены решения международного коммерческого арбитража на основаниях, предусмотренных международным договором Украины и/или Законом [о МКА]*»;

(b) Ввиду того, что Истец был определен согласно п. 2 постановления Кабинета Министров Украины от 05.08.2009г. № 819 ответственным исполнителем инвестиционного проекта при участии австрийской компании (Ответчик), поставка медицинского оборудования по договору поставки между Ответчиком и Истцом была связана с удовлетворением государственных нужд Украины.

(c) На основании положений статьи 12 Хозяйственного процессуального кодекса Украины (далее – «*ХПКУ*»), которая гласит, что «*подведомственный хозяйственным судам спор может быть передан сторонами на решение*

третейского суда, кроме споров о признании недействительными актов, а также споров, возникающих при заключении, изменении, расторжении и выполнении хозяйственных договоров, связанных с удовлетворением государственных нужд…», суд приходит к выводу, что арбитражное соглашение, содержащееся в договоре поставки, не соответствовало законодательству Украины[4].

(d) Арбитражное решение противоречит публичному порядку Украины, поскольку таким «*арбитражным решением в нарушение ст. 19 Конституции Украины на Ответчика возложено обязательство совершить действия, которые не предусмотрены действующим законодательством Украины, а именно применена несуществующая в гражданском законодательстве Украины правовая конструкция*»[5].

(e) Не подписание арбитром, назначенным ответчиком по делу, арбитражного решения свидетельствует о фактическом отстранении арбитра от выполнения обязанностей арбитра, и соответственно о несоответствии арбитражной процедуры соглашению сторон[6].

Указанное определение по делу № 761/20746/13-ц было отменено определением Апелляционного суда г.Киева от 07.11.2013 года по делу № 22-ц/796/14080/2013, а дело направлено на новое рассмотрение в суд первой инстанции.

Обращение в суд с ходатайством о признании и предоставлении разрешения на принудительное исполнение арбитражного решения на территории Украины

Дело № 6-45477св11 об отсрочке исполнения Решения МКАС при ТППУ в процессе его принудительного исполнения в Украине

22 января 2010 года своим определением, оставленным без изменений судами вышестоящих инстанций, Октябрьский районный суд г. Днепропетровска удовлетворил ходатайство ОАО «В» (РФ) о признании и приведении в исполнение решения МКАС при ТППУ от 24.02.2009 года против украинского предприятия ООО «Т» (Должник).

После того, как Кредитор обратился в государственную исполнительную службу Украины в отношении принудительного исполнения Решения МКАС при ТППУ, Должник обратился в украинский суд с ходатайством об отсрочке исполнения Решения МКАС при ТППУ на 1,5 года на основании ст. 373 ГПКУ, предусматривающей возможность отсрочки или рассрочки исполнения судебного решения при наличии обстоятельств, которые затрудняют исполнение решения (болезнь должника или членов его семьи, отсутствие присужденного имущества в натуре, стихийное бедствие, и т.д.).

---

[4] Примечательно, что согласно указанной статьи ХПКУ решение такого третейского суда может быть обжаловано в порядке, предусмотренном ХПКУ, а решения МКАС при ТППУ обжалуются в порядке предусмотренном Законом о МКА и Гражданским процессуальным кодексом Украины (далее – «*ГПКУ*»).

[5] Согласно решению МКАС при ТППУ ответчик был обязан либо поставить в определенный решением срок товар взамен признанного составом арбитража некачественного товара либо компенсировать убытки в размере оплаченной истцом суммы за поставленный товар.

[6] При этом, согласно Регламенту МКАС при ТППУ при коллегиальном арбитражном рассмотрении достаточно наличия подписей большинства членов состава арбитражного суда при условии указания причины отсутствия других подписей, а арбитр, не согласный с арбитражным решением, вправе изложить в письменной форме отдельное мнение, которое приобщается к решению.

Определением от 23 июня 2011 года, оставленным без изменений определением апелляционного суда Днепропетровской области от 14 ноября 2011 года, Октябрьский районный суд г. Днепропетровска частично удовлетворил указанное ходатайство Должника и предоставил оторочку исполнения Решения МКАС при ТППУ на 1 год.

Рассмотрев кассационную жалобу кредитора на вышеуказанные определения судов первой и апелляционной инстанций, Высший специализированный суд по рассмотрению гражданских и уголовных дел (ВССУ) своим определением от 15.02.2012 года определил, что:

(1) Ст. 373 ГПК Украины предусмотрено рассмотрение вопроса про отсрочку или рассрочку исполнения, изменение или установление способа и порядка исполнение решения суда, а не решения международного арбитража, которое в отличие от решения суда, является окончательным, что содействует завершенности какого-либо арбитражного производства;

(2) Кроме того, определение о предоставлении разрешения на принудительное исполнение арбитражного решения по своей сути не предусматривает рассрочку исполнения такого решения;

(3) Согласно ст. 5 Закона о МКА по вопросам, регулируемым настоящим Законом, не допускается никакое судебное вмешательство, кроме как в случаях, когда оно предусмотрено в настоящем Законе.

(4) Поскольку допущенные судами первой и апелляционной инстанций нарушения норм материального и процессуального права привели к неправильному разрешению дела, их определения подлежат отмене с постановлением нового определения об отказе в удовлетворении заявления Должника о рассрочке исполнения арбитражного решения.

В вышеуказанном деле ключевым процессуальным вопросом, который проигнорировали суды первой и апелляционной инстанций, было соотношение ограничений, установленных Законом о МКА, и права суда отсрочить исполнение судебного решения согласно норм ГПКУ. В этом отношении вышеуказанное определение ВССУ от 15.02.2012 года по делу № 6-45477св11 может служить примером действительно проарбитражного и сбалансированного подхода суда кассационной инстанции к рассмотрению дела, связанного с международным арбитражем.

Исходя из вышеуказанного, очевидно, что эффективность законодательства об арбитраже и, собственно, арбитражного рассмотрения дела непосредственно зависит от государственных судов, поскольку национальное процессуальное законодательство и арбитражное разбирательство могут достичь своей цели в обеспечении беспристрастного, справедливого и эффективного разрешения хозяйственных споров лишь при условии, что судьи будут профессионально и мудро осуществлять свои полномочия по контролю и содействию рассмотрению дел в арбитражах[7].

Таким образом, в вопросах применения пределов судебного вмешательства в международный арбитраж в Украине окончательный ответ должны дать именно суды, рассматривающие дела, связанные с международных арбитражем, а принятие соответствующих судебных разъяснений касательно практики применение ст. 5 Закона о МКА значительно бы повысило профессиональность рассмотрения судами Украины дел указанных категорий.

---

[7] *Курочкин С.А.* Государственные суды в третейском разбирательстве и международном коммерческом арбитраже. – М., 2008. – С. *6-7; Ball M.* The Essential Judge: the Role of Courts in a System of National and International Commercial Arbitration // Arbitration International. Vol. 22. 2006. N 1. - P. 91.

ЗАЩИТА ПРАВ В МЕЖДУНАРОДНЫХ КОММЕРЧЕСКИХ АРБИТРАЖАХ: ОБЩИЕ ПОДХОДЫ И ОСОБЕННОСТИ ПРОЦЕДУР В РАЗЛИЧНЫХ АРБИТРАЖНЫХ ИНСТИТУТАХ

Кот Алексей Александрович (Украина),

Управляющий партнер ЮФ «Антика»,
кандидат юридических наук

В последнее время международный коммерческий арбитраж становится все более популярным. Сторонам предоставляются дополнительные возможности, к примеру, возможность сторон выбрать место, время, язык, а также сам порядок рассмотрения спора; выбрать не только сам арбитражный суд, но и арбитров, которые обязаны сохранять нейтральность, объективность, беспристрастность, а также которые являются специалистами в соответствующей сфере; возможность избежать формализма и бюрократии, которые могут присутствовать в национальной судебной системе и др. Сегодня мировая экономика находится в стадии глобализации, что, естественно, требует создания и функционирования институций, позволяющих быстро, эффективно и компетентно решать споры в данной сфере. В этой связи международный коммерческий арбитраж является универсальным способом разрешения международных экономических споров.

Представляется интересным с практической точки зрения сопоставление и анализ отдельных аспектов арбитражных процедур в Международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-промышленной палате Украины (далее – **«МКАС при ТПП Украины»**), Международном Арбитражном Суде при Палате экономики Австрии в г. Вена (ViennaInternationalArbitralCentre, далее – **«VIAC»**), Международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-промышленной палате Российской Федерации (далее – **«МКАС при ТПП РФ»**), Арбитражном Институте Торговой палаты г. Стокгольм (ArbitrationInstituteoftheStockholmChamberofCommerce, далее – **«SCC»**), Лондонском Международном Арбитражном Суде (TheLondonCourtofInternationalArbitration, далее – **«LCIA»**).

1. Прежде всего, необходимо отметить, что у каждого из арбитражей есть собственные **правила и процедуры**:

МКАС при ТПП Украины является самостоятельным постоянно действующим арбитражным учреждением (третейским судом), осуществляющим свою деятельность в соответствии с Законом Украины «О Международном коммерческим арбитраже» от 24 февраля 1994 года, Положением о Международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-промышленной палате Украины, Регламентом Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Украины, утвержденном Решением Президиума торгово-промышленной палаты Украины №18(1) от 17 апреля 2007 года с изменениями, внесенными решением Президиума Торгово-промышленной палаты Украины №24(6) от 25 октября 2012 года (далее – «Регламент МКАС при ТПП Украины»), неотъемлемой частью которого является Положение об арбитражных сборах и расходах;

МКАС при ТПП РФ является самостоятельным постоянно действующим арбитражным учреждением (третейским судом), осуществляющим свою

деятельность в соответствии с Законом Российской Федерации «О международном коммерческом арбитраже» от 7 июля 1993 года, Регламентом Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации, утвержденным Приказом ТПП РФ от 18 октября 2005 года №76 с изменениями и дополнениями, внесенными Приказом ТПП РФ от 23 июня 2010 года №28 (далее – «Регламент МКАС при ТПП РФ»);

VIAC администрирует арбитражные разбирательства, которые согласно договоренности сторон должны проводиться по арбитражному регламенту VIAC (далее – «Венские Правила») (действуют с 1 июля 2013 года);

SCC отвечает за администрирование споров в соответствии с Арбитражным Регламентом Арбитражного Института Торговой палаты г. Стокгольма (далее – «Арбитражный Регламент SCC»), вступившим в силу с 1 января 2010 года, и Правилами ускоренной арбитражной процедуры Торговой палаты г. Стокгольма и иными процедурами или регламентами, согласованными сторонами;

LCIA действует согласно Регламенту LCIA, вступившему в силу 1 января 1998 года.

2. Для сторон арбитражного разбирательства, являющихся, как правило предпринимательскими структурами, крайне важно максимально оперативно урегулировать возникший спор. Указанные арбитражные институты по-разному подходят к моменту, который формально можно считать**возбуждением арбитражного разбирательства**.

Основным моментом, с которым связывается начало арбитражного разбирательства, как правило, считается момент поступления искового заявления (просьбы/прошения об арбитраже) в соответствующий арбитражный орган (VIAC, LCIA, МКАС при ТПП РФ). Для возбуждения производства в МКАС при ТПП Украины требуется постановление Председателя МКАС о принятии дела к производству по факту предъявления в МКАС надлежащим образом оформленного искового заявления (ч.1 ст.17 Регламента МКАС при ТПП Украины).

Следует отметить, что Регламенты и Правила арбитража содержат примерно одинаковые требования к содержанию искового заявления (просьбы/прошения об арбитраже) - наличиенаименования сторон, их адреса и контактные данные; изложение фактических обстоятельств дела; требования истца; цену иска; указание числа арбитров; выдвижение кандидатуры арбитра; сведения об арбитражном соглашении и его содержании;указание на доказательства, которые подтверждают иск и т.п.

Вместе с тем, безусловно, есть и специфика при подготовке обращений в каждую из указанных арбитражных институций, о которой не следует забывать. Более конкретные требования к содержанию искового заявления (просьбы об арбитраже/Прошения об арбитраже/уведомления об арбитраже) перечислены, в частности, в ч.1 ст.18 Регламента МКАС при ТПП Украины, §9 Регламента МКАС при ТПП РФ, п.3 ст.7 Венских Правил, ст.2 Арбитражного Регламента SCC, п.1.1 ст.1 Регламента LCIA, п.п. 3-4 ст.3 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ. Есть и специфические требования к форме обращения и к процедуре его подачи.

3. Не менее важным вопросом является процедура **формирования состава арбитража**.

Общим для всех актов, регулирующих деятельность арбитражей, является то, что арбитры должны исполнять свои функции независимо от сторон и

беспристрастно, честно и по совести и при этом они не связаны никакими указаниями. Они обязаны сохранять конфиденциальность относительно всего, что им станет известно при исполнении этих функций.

Согласно всем Правилам/Регламентам стороны могут свободно договориться о рассмотрении их спора единоличным арбитром или коллегией арбитров, состоящей, как правило, из 3 арбитров. Стороны также могут свободно договориться о методе назначения арбитра.

В частности, согласно **Регламенту МКАС при ТПП Украины** Президиум ТПП Украины по представлению Президиума МКАС утверждает Рекомендательный список арбитров сроком на 5 лет, в который могут включаться как граждане Украины, так и граждане других государств и лица без гражданства, обладающие необходимыми специальными знаниями в области разрешения споров, отнесенных к компетенции МКАС. Арбитрами могут являться лица, назначенные сторонами, либо лица, назначенные Президентом ТПП Украины. Стороны могут по своему усмотрению согласовать процедуру назначения арбитра или арбитров. В случае отсутствия такого соглашения: при арбитраже с тремя арбитрами каждая сторона назначает одного арбитра и два назначенных таким образом арбитра назначают третьего арбитра - председателя состава Арбитражного суда по данному делу; если сторона не назначит арбитра в течение 30 дней после получения уведомления МКАС об этом или если два арбитра в течение 30 дней с момента их назначения не договорятся о назначении третьего арбитра, арбитр назначается Президентом ТПП Украины; при арбитраже с единоличным арбитром, если стороны не договорились о назначении арбитра, арбитр назначается Президентом ТПП Украины. Если в споре участвуют несколько истцов или несколько ответчиков, то при коллегиальном рассмотрении спора как истцы, так и ответчики должны совместно назначить по одному арбитру. Если любая из сторон не производит указанного совместного назначения арбитра в 30-дневный срок после получения уведомления МКАС об этом, арбитр назначается Президентом ТПП Украины.

Подобные правила установлены и **Регламентом МКАС при ТПП РФ**. ТПП РФ по представлению Президиума МКАС сроком на 5 лет утверждается список арбитров, в котором указываются имя и фамилия арбитра, его образование и место работы, ученая степень и звание, специальность или специализация, знание иностранных языков. Если по истечении указанного срока не был утвержден новый список арбитров, ранее утвержденный список арбитров продолжает действовать до утверждения нового списка арбитров. Функции арбитров могут также выполнять лица, не включенные в список арбитров.

При отсутствии соглашения сторон об ином, состав арбитража по делу формируется в соответствии с правилами, приведенными ниже. Арбитраж формируется в составе трех арбитров, если с учетом сложности дела, цены иска (как правило, не превышающей 25 000 долларов США) и других обстоятельств Президиум МКАС не решит по своему усмотрению, что дело подлежит разрешению единоличным арбитром.

Согласно **Венским Правилам** если спор должен разрешаться единоличным арбитром, стороны призываются Генеральным секретарем выдвинуть вместе в течение 30 дней со дня доставки предложения кандидатуру единоличного арбитра и сообщить его имя и фамилию, адрес и контактные данные (в случаях, когда стороны не направляют такое сообщение - единоличный арбитр назначается Президиумом). Аналогичный подход используется и для определения коллегии арбитров. Стороны связаны своим выдвижением арбитра, как только выдвинутый

арбитр был подтвержден Генеральным секретарем или Президиумом. После того, как кандидатура арбитра была выдвинута Генеральному секретарю, Генеральный секретарь обязан запросить заявления. Генеральный секретарь должен передать Сторонам копии данных заявлений. Если нет сомнений о беспристрастности или независимости арбитра или квалификации в выполнении его должности, Генеральный секретарь подтверждает выдвинутого арбитра. В следующем своем заседании Президиум должен быть уведомлен о подтверждении. Президиум решает о подтверждении выдвинутого арбитра, если Генеральный секретарь сочтет это нужным. С подтверждением выдвинутый арбитр считается назначенным.

Требования к арбитрам, процедура формирования арбитражного суда, в том числе в многосторонних разбирательствах, порядок подтверждения назначения, процедура отвода арбитров, алгоритм, условия и последствия досрочного прекращения полномочий арбитра урегулированы в ст. ст. 16-22 Венских Правил.

В соответствии с **Арбитражным Регламентом SCC** стороны определяют количество арбитров по своему усмотрению. В отсутствие договоренности сторон о количестве арбитров, состав арбитража должен быть сформирован в составе трех арбитров, если только Правление, принимая во внимание сложность дела, сумму спора и другие обстоятельства, не решит, что спор подлежит разрешению единоличным арбитром. Стороны могут договориться о процедуре назначения состава арбитража, отличной от той, которая изложена в Арбитражном Регламенте SCC. Если в споре участвует несколько истцов или ответчиков, а состав арбитража включает нескольких арбитров, все истцы совместно и все ответчики совместно должны назначить равное количество арбитров. Если какая-либо из сторон не производит совместного назначения, Правление назначает весь состав арбитража. В споре между сторонами из различных государств, единоличный арбитр или председатель состава арбитража должен быть гражданином иной страны, нежели каждая из сторон, если стороны не договорились об ином или Правление не пришло к иному мнению.

Требования к количеству арбитров, процедура назначения арбитров, принцип беспристрастности и независимости арбитров закреплены в *ст. ст. 12-14 Арбитражного Регламента SCC*. Процедуры отвода арбитров, освобождения от полномочий арбитра, замены арбитра описаны в *ст. ст. 15-17 Арбитражного Регламента SCC*.

По**Регламенту LCIA** понятие "Арбитражный суд" подразумевает единоличного арбитра или всех арбитров, в случае когда назначаются несколько арбитров. LCIA назначает Арбитражный суд как можно скорее после получения Регистратором Отзыва от Ответчика или по истечении 30 дней после вручения Ответчику Прошения Истца, если Регистратором не получено никакого Отзыва (или по истечении более короткого периода, если LCIA установил таковой).

Если в споре принимают участие более чем две стороны и Арбитражное соглашение предусматривает выдвижение кандидатуры арбитра каждой стороной, но при этом не все стороны письменно согласились, что в целях сформирования Арбитражного суда все участники разбирательства делятся на две стороны - Истец и Ответчик, то LCIA назначает Арбитражный суд, невзирая на кандидатуры, выдвинутые сторонами. В таких обстоятельствах арбитражное соглашение понимается как письменное соглашение между сторонами о том, что LCIA назначает Арбитражный суд.

В крайне срочных случаях, в начале или после начала арбитражного разбирательства, каждая сторона может подать заявление в LCIA с просьбой ускорить формирование Арбитражного суда, включая назначение или замену арбитров.

Подобное заявление подается в LCIA в письменном виде и копии должны быть вручены всем другим сторонам. В заявлении должны быть изложены обоснованные причины необходимости ускоренного формирования Арбитражного суда.

Процедура формирования Арбитражного суда описана в *ст.5 Регламента LCIA*. Вопрос гражданства арбитров урегулирован в *ст.6 Регламента LCIA*. Процедуры назначения кандидатур арбитров сторонами или третьими лицами, назначения арбитров в случае трех или более участвующих сторон, ускоренного формирования Арбитражного суда, прекращения полномочий арбитров урегулированы в *ст. ст. 7-10 Регламента LCIA*. В *ст.ст. 11-13Регламента LCIA* содержатся правила выдвижения и замены арбитров, власти большинства продолжать арбитраж, правила о связи между сторонами и Арбитражным судом.

4. Отдельного внимания заслуживает фигура т.н. «**чрезвычайного арбитра»,** положения о котором содержаться в Приложении II к **Арбитражному Регламенту SCC**. Сторона может ходатайствовать о назначении чрезвычайного арбитра до момента передачи дела составу арбитража.

Полномочия чрезвычайного арбитра изложены в пунктах (1)-(3) статьи 32 Арбитражного Регламента SCC. Состав арбитража может, по просьбе стороны, разрешить любые обеспечительные меры, которые он посчитает целесообразными. Состав арбитража может приказать стороне, ходатайствующей об обеспечительных мерах, предоставить надлежащее обеспечение в связи с такими мерами. Решение об обеспечительных мерах должно быть вынесено в форме приказа или арбитражного решения. Эти полномочия прекращаются с момента передачи дела составу арбитража либо с того момента, когда чрезвычайное решение утрачивает обязательную силу.

Ходатайство о назначении чрезвычайного арбитра должно включать: (i) указание на наименования, адреса, телефонные и факсимильные номера, а также адреса электронной почты сторон и их представителей; (ii) краткое изложение существа спора; (iii) указание на запрашиваемые обеспечительные меры и обоснование необходимости принятия таковых; (iv) копию или описание арбитражного соглашения или оговорки, на основе которых спор должен быть разрешен; (v) комментарии относительно места проведения чрезвычайной процедуры, применимого права и языка разбирательства; (vi) доказательство уплаты расходов по проведению чрезвычайной процедуры (Сторона, ходатайствующая о назначении чрезвычайного арбитра, при подаче соответствующего ходатайства должна оплатить расходы на проведение чрезвычайной процедуры. Расходы на проведение чрезвычайной процедуры включают гонорар чрезвычайного арбитра в размере 12 000 евро исбор за подачу ходатайства в размере 3 000 евро.

Как только ходатайство о назначении чрезвычайного арбитра получено, Секретариат должен уведомить другую сторону о поступившем ходатайстве.

В этом случае Правление примет все меры, чтобы чрезвычайный арбитр был назначен в течение 24 часов с момента получения ходатайства о назначении чрезвычайного арбитра. Чрезвычайный арбитр не должен назначаться, если очевидно, что отсутствует юрисдикция SCC. Отвод должен быть заявлен в течение 24 часов с того момента, когда сторона узнала об обстоятельствах, которые могут служить основанием для отвода чрезвычайного арбитра. Чрезвычайный арбитр может не участвовать как арбитр в любом будущем арбитражном разбирательстве, относящемуся к этому спору, если иное не согласовано сторонами.

Место проведения чрезвычайной процедуры должно быть тождественным месту проведения арбитража, согласованному сторонами. Если место проведения

арбитража не согласовано сторонами, Правление должно определить место проведения чрезвычайной процедуры.

После того как чрезвычайный арбитр назначен, Секретариат должен незамедлительно передать ходатайство чрезвычайному арбитру.

Любое чрезвычайное решение об обеспечительных мерах должно быть принято не позднее 5 дней со дня, когда ходатайство было передано чрезвычайному арбитру в соответствии со статьей 6 настоящего Приложения. Правление может увеличить этот срок по требованию чрезвычайного арбитра либо если сочтет это целесообразным по иной причине.

Любое решение об обеспечительных мерах должно: (i) быть вынесено в письменной форме; (ii) содержать дату его принятия, место проведения чрезвычайной процедуры и причины, на основании которых данное решение было принято; и (iii) быть подписано чрезвычайным арбитром. Чрезвычайный арбитр должен без промедления предоставить копии чрезвычайного решения каждой из сторон и SCC.

Чрезвычайное решение является обязательным для выполнения сторонами с момента его вынесения. Чрезвычайное решение может быть изменено или отменено чрезвычайным арбитром по ходатайству стороны. Соглашаясь на арбитражное разбирательство в соответствии с Арбитражным Регламентом SCC, стороны обязуются без промедления исполнять любое чрезвычайное решение.

Чрезвычайное решение утрачивает обязательную силу, если: (i) соответствующее решение принимается чрезвычайным арбитром или составом арбитража; (ii) состав арбитража принимает окончательное решение; (iii) арбитражное разбирательство не было начато в течение 30 дней с даты принятия чрезвычайного решения; либо (iv) дело не было передано составу арбитража в течение 90 дней с даты принятия чрезвычайного решения.) Состав арбитража не связан мотивами и решением чрезвычайного арбитра.

5. Правила о **сроках арбитражного разбирательства**

Согласно Регламенту **МКАС при ТПП Украины**срок разбирательства дела не должен превышать 6 месяцев со дня образования состава Арбитражного суда. Есть основания утверждать, что шестимесячный срок арбитражного разбирательства отражает общий подход основных арбитражных институтов.

Так, аналогичные правила содержатся и в Регламенте**МКАС при ТПП РФ** – МКАС принимает меры к тому, чтобы разбирательство дела было завершено в срок не более 180 дней со дня образования состава арбитража.

Ч.8 ст.45 **Венских Правил** закрепляет, что за исключением досрочного окончания разбирательства, арбитражный суд должен вынести окончательное арбитражное решение в течение 6 месяцев со дня передачи дела. Генеральный секретарь может продлить этот срок по обоснованной просьбе арбитражного суда или по собственному усмотрению, если сочтет это нужным. Нарушение срока для вынесения арбитражного решения не приводит к недействительности арбитражного соглашения или прекращения компетентности арбитражного суда.

Согласно ст.37 **Арбитражного Регламента SCC** арбитражное решение выносится в течение 6 месяцев с момента передачи дела арбитрам при разбирательстве по Арбитражному Регламенту SCC и в течение 3 месяцев при разбирательстве по правилам ускоренной арбитражной процедуры. Однако, согласно той же статье, правление может продлить срок на основании мотивированной просьбы со стороны состава арбитража или при иных обстоятельствах, когда такое продление представляется целесообразным.

Иными подходами руководствуется LCIA - **Регламент LCIA** не предусматривает конкретных сроков для вынесения решения по арбитражным спорам.

5. В контексте сроков арбитражного разбирательства было бы уместно рассмотретьдополнительные правилаVIAC по **ускоренному разбирательству**, которые действуют, когда стороны включили их в арбитражное соглашение или договорились в последствии об их применении. Соглашение сторон об ускоренном разбирательстве возможно до момента подачи отзыва на исковое заявление.

Общие подходы к ускоренному разбирательству, установленные ст.45 Венских правил, таковы. Срок для оплаты регистрационного сбора составляет 15 дней. Подача встречного иска и встречных требований допускается только до окончания срока подачи отзыва на исковое заявление. Сроки выдвижения арбитров - в течение 15 дней со дня доставки требования Генерального секретаря.

Если арбитражный суд не установил иное, действуют следующие положения:

- после искового заявления и ответа на иск проходит только один дальнейший обмен письменными заявлениями между сторонами;
- все изложения фактов подаются в письменных заявлениях сторон и все доказательства подаются вместе с письменными заявлениями;
- если одна из сторон заявляет об этом или арбитражный суд считает это нужным, проводится только одно устное слушание, в котором исследуются все доказательства и рассматриваются все правовые вопросы;
- после устного разбирательства последующие письменные заявления не подаются.

6. Подходы к регламентации **арбитражного решения**, как правило, являются общими для всех арбитражных институтов.

Арбитражное решение принимается простым большинством голосов, оно должно быть мотивировано. Арбитражное решение выносится в письменной форме, в нем указывается день и место его принятия. Решение подписывается арбитром или арбитражным судом и направляется сторонам.

В том случае, если стороны заключают мировое соглашение, его содержание отображается в арбитражном решении.

После получения копии арбитражного решения каждая сторона может подать заявление в компетентный орган об исправлении ошибок, описок, опечаток; толковании определенных положений арбитражного решения. Также сторона может заявить о вынесении дополнительного арбитражного решения в том случае, если решение арбитражного суда в части требований, которые были заявлены, не отображает решения в отношении таких требований.

В том случае, если ни одна из сторон не возражает против публикации решения, такое арбитражное решение может быть обнародовано.

Регламент МКАС при ТПП Украины регулирует процедуру вынесения постановления о прекращении арбитражного разбирательства, вынесения арбитражного решения, устанавливает требования к содержанию и форме арбитражного решения, правила вынесения арбитражного решения на согласованных условиях, вынесения отдельного арбитражного решения, вынесения дополнительного арбитражного решения. Регламент МКАС при ТПП Украины также регулирует порядок направления решения сторонам, а также исправления и толкования арбитражного решения *(ст. ст. 48-55 Регламента МКАС при ТПП Украины)*.

Аналогичные правила установлены в §§37-45 **Регламента МКАС при ТПП РФ**, ст. ст. 35-41 **Венских Правил**, ст. ст. 35-42 **Арбитражного Регламента SCC**, ст. ст. 26-27 **Регламента LCIA**.

ОБРАЩЕНИЕ В ТРЕТЕЙСКИЙ СУД И КОНСТИТУЦИОННОЕ ПРАВО НА СУДЕБНУЮ ЗАЩИТУ В КОНТЕКСТЕ ПОСТАНОВЛЕНИЯ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА ЛАТВИЙСКОЙ РЕСПУБЛИКИ ОТ 17 ЯНВАРЯ 2005 ГОДА

Зиедонис УДРИС (Латвия),

*Председатель правления Третейского суда ТПП Лат*вии

После восстановления независимости Латвийской Республики в 1991 году и вступления в Европейский Союз в 2004 году у предпринимателей, осуществляющих свою деятельность на территории Латвии, появились новые возможности разрешения коммерческих споров и других споров, связанных с их коммерческими сделками.

Таким образом, предприниматель в Латвии может передать свой спор, в зависимости от его характера, на рассмотрение в обычный суд, административный суд, при наличии арбитражного соглашения – в арбитражный суд, Европейский Суд по правам человека, Суд Европейского Союза, или использовать способы разрешения споров, предусмотренные в международных договорах о защите инвестиций, заключённых Латвийской Республикой с другими странами.

Если предприниматель сочтёт, что он не сможет разрешить спор в свою пользу по той причине, что какая-то законодательная норма является для него неблагоприятной, теперь он может попытаться её оспорить в Конституционном Суде, который создан и действует в Латвийской Республике с 1996 года.[1] Если неблагоприятная для предпринимателя законодательная норма будет признана Конституционным Судом несоответствующей Конституции, у предпринимателя появляется возможность на пересмотр спора в его пользу.

Именно так решил поступить предприниматель, не в пользу которого было принято решение Арбитражного Суда ТПП Латвии. Спор предпринимателя со строительной компанией заключался в том, что строительная компания разработала проект на строительство автосервиса, но разрешение на строительство не могла получить, так как заказчик проекта, то есть предприниматель, отказывался поставить свою подпись на генплане, подтвердив этим своё согласие с разработанном проектом. Предприниматель оспаривал готовность проекта и отказывался заплатить за работу проектировщиков под тем предлогом, что в договоре было оговорено, что оплата за проект производится только после получения разрешения на строительство от местного самоуправления. В ходе рассмотрения спора была назначена экспертиза проекта, которая подтвердила, что единственной преградой для получения разрешения на строительство является обусловленное законом формальное требование – подпись предпринимателя на генплане. При таких обстоятельствах арбитражный суд посчитал, что было бы несправедливо не заплатить проектировщикам за проделанную работу, и постановил взыскать с предпринимателя плату за разработанный строительный проект, обосновав решение соответствующими правовыми нормами Гражданского закона Латвийской Республики.[2]

---

[1] http://www.satv.tiesa.gov.lv/?lang=3&mid=3

[2] Например, ст. 1 Гражданского закона Латвийской Республики предписывает использование прав и обязанностей соответственно доброй воле. http://likumi.lv/doc.php?id=225418

Предприниматель, будучи несогласным с тем, что арбитражный суд не подошёл к рассмотрению спора чисто формально, подал в Конституционный Суд жалобу с целью оспорить процессуальные нормы Гражданско-процессуального закона Латвии, обязывающие суд не принимать исковое заявление при наличии арбитражного соглашения и прекращать судопроизводство в случае, если стороны такое соглашение заключили уже в ходе рассмотрения спора судом. Конституционную жалобу предприниматель обосновал тем, что, во-первых, по его мнению, «рассмотрение дела в арбитражном суде не может приравниваться к справедливому и открытому своевременному рассмотрению дела в независимом и объективном суде»[3] в понимании статьи 92 Конституции Латвийской Республики[4], которая предусматривает, что каждый имеет право защищать свои права и обязанности в справедливом суде, а также статьи 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, гарантирующей право на справедливый суд. В связи с этим предприниматель считает, что арбитражные соглашения не должны являться обязательными для сторон, заключившим такие соглашения.

Однако Конституционный Суд, тщательно проанализировав судебную практику Европейского Суда по правам человека, соответствующие нормы международного права, а также научные публикации ведущих теоретиков права, в том числе, в области конституционного, гражданского и гражданско-процессуального права, не согласился с мнением предпринимателя. Конституционный Суд определил, что право на разрешение спора в справедливом суде не является абсолютным, и стороны на основании принципа свободы договора могут это право ограничить, заключив соглашение о передаче своего спора на рассмотрение в арбитражном суде.

Государственный контроль законности решений арбитражных судов должен осуществляться на стадии выдачи исполнительных листов судами.

Орган, издавший документ: Конституционный суд
Тип документа: решение
Принято: 17.01.2005
Вступило в силу: 18.01.2005

Опубликовано:
„Latvijas Vēstnesis”, 9 (3167), 18.01.2005

«О соответствии пункта 3 части первой статьи 132 и пункта 6 статьи 223 Гражданско-процессуального закона статье 92 Конституции Латвийской Республики»

Решение Конституционного суда Латвийской Республики

Именем Латвийской Республики
Рига, 17 января 2005 года по делу № 2004-10-01

Конституционный суд Латвийской Республики в следующем составе: председатель судебного заседания Айвар Эндзиньш, судьи Роман Апситис, Айя Бранта, Илма Чепане, Юрис Елагин, Гунар Кутрис и Андрей Лепсе, по заявлению общества с

[3] См. http://likumi.lv/doc.php?id=99658
[4] См. http://likumi.lv/doc.php?id=57980

ограниченной ответственностью „Asmers”, на основании статьи 85 Конституции Латвийской Республики и пункту 1 статьи 16, пункту 11 части первой статьи 17 и статьи 281 Закона о Конституционном суде, в письменном процессе 21 декабря 2004 года на судебном заседании рассмотрел дело «О соответствии пункта 3 части первой статьи 132 и пункта 6 статьи 223 Гражданско-процессуального закона статье 92 Конституции Латвийской Республики».

Констатирующая часть

1. Пункт 3 части первой статьи 132 и пункт 6 статьи 223 Гражданско-процессуального закона (далее – оспариваемые нормы) соответственно предусматривают, что судья отказывает в приёме искового заявления и суд прекращает судопроизводство по делу, если «стороны в установленном законом порядке договорились о передаче спора на рассмотрение в третейский суд».

2. Податель заявления – общество с ограниченной ответственностью „Asmers” (далее – Заявитель) – просит оценить соответствие оспариваемых норм статье 92 Конституции Латвийской Республики (далее – Конституция).

Заявитель считает, что нарушение права, гарантируемого статьёй 92 Конституции, возникло в связи с рассмотрением спора в третейском суде при Торгово-промышленной палате Латвии, в котором он в качестве ответчика был вовлечён в судопроизводство против акционерного общества „RBS Skals”. Спор между сторонами был рассмотрен в третейском суде в исполнение третейской оговорки, включённой в договор о проектировании и строительстве.

Решение третейского суда Заявитель счёл необоснованным, однако в суде общей юрисдикции не смог успешно возразить против выдачи исполнительного листа.

В конституционной жалобе Заявитель указал, что, во-первых, рассмотрение дела в третейском суде не может приравниваться к справедливому и открытому своевременному рассмотрению дела в независимом и объективном суде в понимании Конституции и Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (далее – Конвенция), и, во-вторых, в демократическом и правовом государстве для правового субъекта не является обязательным включённый в договор отказ от прав человека, гарантируемых Конституцией или Конвенцией.

Заявитель обращает внимание на, по его мнению, существенное различие в регулировании судов общей юрисдикции и третейских судов: не предусмотрено, что решение третейского суда должно быть законным, обоснованным и мотивированным. Если такое требование было бы выдвинуто и к тому же «закон предусматривал бы, что законность и обоснованность решения третейского суда вправе оценивать предусмотренный в законе государственный судебный орган», третейские суды, по мнению Заявителя, могли бы существовать.

3. Орган, издавший оспариваемые правовые нормы, – Сейм – в ответном письме указывает, что они не противоречат статье 92 Конституции.

Сейм считает, что оспариваемые нормы имеют легитимную цель, а именно: они уменьшают судебную нагрузку: если бы не существовало оспариваемых правовых норм и институции третейских судов, то рассматриваемые в них споры пришлось бы рассматривать в суде, что создавало бы перегрузку. Далее в

ответном письме Сейм в качестве преимуществ, предоставляемых оспариваемыми нормами, упоминает возможность поручить рассмотрение спора лицам, которые, по мнению сторон, являются для них наиболее подходящими, а также завершить судопроизводство в сравнительно короткий период времени.

Сейм также анализирует договорную природу третейской оговорки, делая вывод о том, что оспариваемые нормы обеспечивают сохранение равновесия сторон, поскольку не позволяют ни одной из них в одностороннем порядке отказаться от оговорённого механизма разрешения споров. Сейм подчёркивает, что Гражданско-процессуальный закон защищает участников дела от чрезмерно долгого третейского процесса, однако, в случаях, указанных в статье 493, допускает односторонний отказ от договора о третейском суде.

Также Сейм обращает внимание на ограничения для передачи споров некоторых категорий на рассмотрение в третейский суд и на компетенцию третейского суда принимать решение о подсудности.

Наконец, Сейм указывает на то, что права лица защищаются на стадии выдачи исполнительного листа, когда, согласно статье 536 Гражданско-процессуального закона, он не выдаётся, если дело не было подведомственно третейскому суду.

4. Мнение по рассматриваемому делу Конституционный суд попросил высказать Государственное бюро по правам человека (далее – ГБПЧ), Центр по защите прав потребителей (далее – ЦЗПП), Совет по конкуренции (далее – СК) и доцента юридического факультета Латвийского университета, доктора юридических наук Яниса Розенберга.

4.1. ГБПЧ указывает, что, хотя у него отсутствуют концептуальные возражения против существования третейских судов, оспариваемые нормы не соответствуют статье 92 Конституции, «поскольку не установлены достаточно широкие ограничения для заключения третейских оговорок, а также не обеспечен надлежащий контроль деятельности третейских судов».

ГБПЧ подчёркивает, что право обращаться в суд является лишь одним из элементов, составляющих содержание статьи 92 Конституции, статьи 6 Конвенции и статьи 14 Международного пакта о гражданских и политических правах (далее – Пакт). Лицо может отказаться от права обращаться в суд, однако это не означает отказа от других прав, защищённых данными нормами, например, от права на рассмотрение дела в присутствии лица, равноправие сторон, обоснованность решения, независимость и объективность суда.

В письме отмечается, что латвийские правовые акты не предусматривают обязательного рассмотрения дела в третейском суде, однако ГБПЧ указывает на то, что не всегда имеет место презюмируемое в гражданском праве равноправие лиц. Поэтому «в правовых системах демократических государств обычно существуют такие нормы, целью которых является защита экономически более слабой или наименее опытной стороны при заключении договоров». ГБПЧ указывает на нормы, которые защищают работников и потребителей от принуждения к заключению третейской оговорки, однако также обращает внимание на отсутствие защиты в законе «О найме жилых помещений» и не слишком разъясняет защиту от злонамеренного использования доминирующего положения в статье 13 Закона о конкуренции. В целом, ГБПЧ считает, что в настоящий момент не установлены достаточно широкие ограничения для заключения третейской оговорки.

Комментируя процедуру выдачи исполнительного листа, ГБПЧ указывает на два существенных недостатка нынешнего регулирования: срок для подачи возражений слишком короткий, и Гражданско-процессуальный закон не предусматривает возможности отказать в выдаче исполнительного листа, если третейский суд нарушил нормы материального права.

4.2. ЦЗПП указывает, что третейская оговорка является весьма частым явлением в потребительских договорах – по крайней мере, в тех, которые находятся в его делопроизводстве. ЦЗПП также подчёркивает, что с его помощью несправедливые условия договора, в том числе, третейские оговорки, из потребительских договоров могут быть исключены, таким образом, потребителям обеспечиваются права, предусмотренные в Законе о защите прав потребителей.

4.3. СК указывает, что запрет злонамеренного использования доминирующего положения, сформулированный в статье 13 Закона о конкуренции, может относиться также к принуждению к заключению третейской оговорки участников конкретного рынка. Кроме того, в доминирующем положении могут находиться несколько участников рынка совместно. Однако СК особо подчёркивает необходимость оценивать каждый случай отдельно.

4.4. Доктор юридических наук Я. Розенберг считает, что оспариваемые нормы не ограничивают права, закреплённые в статье 92 Конституции. В письме также указано, что «заключение третейской оговорки, как и любой сделки, связано с известным риском», поэтому недовольство от её исхода ещё не является причиной для того, чтобы рассматривать договор как несправедливый. Однако D Доктор юридических наук Я. Розенберг признаёт, что право лица выступать против выдачи исполнительного листа является недостаточным, поскольку, во-первых, просьба выдать исполнительный лист рассматривается без участия сторон, и, во-вторых, решение о выдаче исполнительного листа невозможно обжаловать.

Мотивировочная часть

5. Третейские суды не принадлежат к системе судебной власти, которая определена в разделе 6 Конституции и в законе «О судебной власти». Как уже постановлял Конституционный суд, обозначению «суд», используемому в статье 92 Конституции, не соответствует институция, не созданная в порядке, предусмотренном в данных нормативных актах (см. пункт 5 мотивировочной части решения Конституционного суда от 23 апреля 2003 года по делу № 2002-20-0103). Таким образом, данное обозначение не относится к третейским судам.

6. Оспариваемые нормы предусматривают, что судья отказывает в приёме искового заявления, и суд прекращает судопроизводство по делу, если стороны в установленном законом порядке договорились о передаче спора на рассмотрение в третейский суд. Таким образом, из содержания норм следует, что, оспаривая их соответствие статье 92 Конституции, Заявитель счёл их несоответствующими конкретному праву, гарантированному в данной статье, а именно: праву обратиться в суд.

Первое предложение статьи 92 Конституции, согласно которому «каждый имеет право защищать свои права и обязанности в справедливом суде», содержит нормы как материальной, так и процессуальной природы. Иными словами, каждый имеет право на доступность суда, и судебный процесс должен быть справедливым. Как ранее указывал Конституционный суд, материальный и процессуальный аспекты права на справедливый суд неразрывно связаны:

справедливость процесса судебного разбирательства не имела бы значения, если бы не была обеспечена доступность такого процесса, и наоборот – доступность суда была бы излишней, если бы не была обеспечена справедливость процесса (см. пункт 1.1 мотивировочной части решения Конституционного суда от 27 июня 2003 года по делу № 2003-04-01).

7. Основные права, гарантированные в разделе 8 Конституции, ограничение которых прямо предусмотрено, перечислены в статье 116 Конституции, однако право на справедливый суд среди них не упомянуто. Тем не менее, как ранее указывал Конституционный суд, из статьи 116 не следует, что права, гарантируемые в статье 92, являются абсолютными.

7.1. Конституционный суд уже выносил решение о том, что содержание статьи 92 Конституции должно толковаться во взаимосвязи со статьёй 89, которая предусматривает: «Государство признаёт и защищает основные права человека в соответствии с настоящей Конституцией, законами и обязательными для Латвии международными договорами». Из данной статьи видно, что целью законодателя не являлось противопоставление норм по правам человека, включённых в Конституцию, международным нормам по правам человека, цель была прямо противоположная – добиться взаимной согласованности этих норм (см. пункт 1 мотивировочной части решения Конституционного суда от 27 июня 2003 года по делу № 2003-04-01). В случаях, когда имеются сомнения в содержании норм по правам человека, включённых в Конституцию, они толкуются по возможности в соответствии с той интерпретацией, которая используется в практике применения международных норм по правам человека (см. пункт 5 мотивировочной части решения Конституционного суда от 30 августа июня 2000 года по делу № 2000-03-01 и пункт 1 мотивировочной части решения Конституционного суда от 22 октября 2002 года по делу № 2002-04-03).

Статья 6 Конвенции предусматривает: «Каждый, определив обоснованность гражданских прав и обязанностей […], имеет право на справедливое и публичное разбирательство дела в разумный срок независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона».

Европейский суд по правам человека (далее – ЕСПЧ) по делу «Голдер против Великобритании», заключив, что хотя часть первая статьи 6 Конвенции содержит также право обращаться в суд, тем не менее подчеркнул, что это право не является абсолютным (см.: Golder v. United Kingdom [1975] ECHR 1, para. 38). Позднее по делу «Девир против Бельгии» ЕСПЧ уже указал, что возможность отказаться от права обращаться в суд является весьма обычным явлением в правовых системах государств договаривающихся сторон, и что соглашение о третейском суде является типичным примером такого отказа. Если отказ состоялся по свободному волеизъявлению, то противоречие со статьей 6 Конвенции отсутствует, в частности потому, что «для индивида и системы юстиции [из отказа] вытекают неопровержимые преимущества» (Deweer v. Belgium [1980] ECHR 1, para. 49). В то же время ЕСПЧ указал, что в вопросе по отказу от права обращаться в суд он согласен с мнением Европейской комиссии по правам человека в деле "X против Германии" (см.: X c. Allemagne, nº 1197/61): согласно заключению комиссии отказ считается состоявшимся по свободному волеизъявлению даже тогда, когда лицо имело возможность

уклониться от заключения третейской оговорки, желая всего лишь не связывать себя договором, в который включена третейская оговорка.

Кроме того, по мнению Комитета министров Совета Европы, разрешение споров в третейском суде не только допустимо, но даже желательно. В предложении IV Рекомендации № R(86)12 от 16 сентября 1986 года «О мерах по недопущению и сокращению чрезмерной рабочей нагрузки на суды» (далее – Рекомендация) сказано, что правительствам стран-участниц предлагается обсудить возможность «с помощью необходимых средств и в соответствующих случаях принять меры для упрощения доступа к альтернативным способам разрешения споров и повышения их эффективности в качестве процедуры, заменяющей судебное разбирательство». (Measures to prevent and reduce the excessive workload in the courts, Council of Europe, 1987, p.6).

7.2. Тем не менее, как Конституционный суд указывал ранее, трактуя нормы Конституции, в том числе статью 92, в соответствии с практикой применения международных норм по правам человека, одновременно надлежит убедиться, не содержатся ли в соответствующей норме более широкие права, чем установлено международными документами (см. пункт 3 мотивировочной части решения Конституционного суда от 17 января 2002 года по делу № 2001-08-01).

Конституционный суд многократно приходил к выводу: Конституция является единым целым, и содержащиеся в ней нормы подлежат системному толкованию (см. пункт 2 мотивировочной части решения Конституционного суда от 22 октября 2002 года по делу № 2002-04-03 и пункт 1 мотивировочной части решения Конституционного суда от 26 ноября 2002 года по делу № 2002-09-01). Допущение, что для каждого конкретного права лица, предусмотренного в статье 92, вообще нельзя установить ограничение, вступило бы в противоречие как с гарантированными Конституцией основными правами других лиц, так и с другими нормами Конституции (см. пункт 8.1 настоящего решения, а также упомянутое решение Конституционного суда от 26 ноября 2002 года по делу № 2002-09-01 и пункт 1.1 мотивировочной части решения от 27 июня 2003 года по делу № 2003-04-01).

Кроме того, статья 86 Конституции предусматривает: «Суд могут отправлять только те органы, которым такое право предоставлено законом и только в установленном законом порядке». Рассматривая статьи 86 и 92 Конституции во взаимосвязи и учитывая выражение «только в установленном законом порядке», необходимо сделать вывод о том, что законом можно ограничить право обращаться в суд, если ограничение, как пришёл к выводу ЕСПЧ в отношении прав, предусмотренных в части первой статьи 6 Конвенции, установлено законом, для ограничения имеется легитимная цель и ограничение соразмерно с легитимной целью (см. Решение ЕСПЧ по делу Fayed v. United Kingdom [1994] ECHR 27, para. 65, а также пункт 1.2 мотивировочной части решения Конституционного суда от 27 июня 2003 года по делу № 2003-04-01).

Конституционный суд не согласен с утверждением Заявителя о том, что добровольное ограничение основного права не может быть обязательным для лица. Данную позицию Заявитель не обосновывает иначе, как только примерами: не может иметь силы договор, по которому лицо обязуется ограничить, к примеру, пассивное избирательное право, право объединяться в профсоюзы, а также свободу религии; из чего делается вывод о том, что «таким образом, не может иметь силы договор, по которому лицо отказывается от своих […] гаранти-

рованных […] статьёй 92 Конституции прав человека». Такая аргументация недостаточна, поскольку использованные примеры кажутся существенно отличающимися от рассматриваемого в деле вопроса о соответствии оспариваемых норм закреплённому в Конституции праву на обращение в суд, и Заявитель не пояснил, усматривается ли сходство и в чём оно состоит. Задачей Конституционного суда в данном случае является не разработка общей теории о допустимости добровольного ограничения основных прав, а лишь оценка необходимости и соразмерности оспариваемых норм, поэтому достаточно указать, что необходимым уважительным предварительным условием такого ограничения является наличие легитимных интересов.

7.3. Таким образом, предусмотренное в статье 92 Конституции право обращаться в суд, рассматриваемое ни отдельно, ни в контексте с международными нормами по правам человека, не является абсолютным и может быть ограничено.

8. При решении вопроса о соответствии оспариваемых норм статье 92 Конституции, следует согласиться с ранее процитированным утверждением (см. пункт 7.1 настоящего решения) о том, что для лица и судебной системы они обеспечивают неопровержимые преимущества.

8.1. Из гарантированного Конституцией права на имущество также вытекает право свободно им распоряжаться, например, при заключении гражданско-правовых договоров. Этот принцип гражданско-правовой свободы был бы ограничен, если у договаривающихся сторон не было бы возможности прийти к соглашению о подходящем для них содержании договора, в том числе, предусмотрев рассмотрение спора в третейском суде с намерением использовать преимущества подобного решения. Европейская комиссия по правам человека также указала: «До тех пор, пока процесс третейского суда основывается на соглашении участников спора, [ограничение обращаться в суд] является естественным последствием их свободы регулировать взаимные отношения по своему усмотрению» (Axelsson v. Sweden, No 11960/86). В правоведении даже признаётся, что диспозитивность сторон является одним из проявлений прав человека и необходима для реализации личной свободы (см.: Jayme, E. Menschenrechte und Theorie des Internationalen Privatrechts, Jahresheft 1991/1992 der Internationalen Juristenvereinigung Osnabrück, Osnabrück, 1992, p.25). Поэтому абсолютизированное право обращаться в суд вступило бы в противоречие с другими правами конституционного ранга и создало бы несбалансированность закреплённых в Конституции основных прав.

8.2. Оспариваемые нормы обеспечивают гражданско-правовую свободу, поскольку соглашение договаривающихся сторон о рассмотрении спора в третейском суде не было бы возможным в его традиционном и международно принятом понимании, если бы при рассмотрении дела по существу допускалось судопроизводство в суде общей юрисдикции, даже если бы стороны договорились о передаче спора в третейский суд. В правовой литературе всегда указывается, что к преимуществам третейского судопроизводства относится его сравнительная быстрота (см., например: Bukovskis, V. Civilprocesa mācības grāmata, autora izdevums, Rīga, 1933, 570.lpp.), возможно, также более низкие расценки и профессиональная специализация третейских судей, окончательность решения, возможность договориться о процессе, который отличается от процесса суда общей юрисдикции,

а также конфиденциальность (см., напр.: Sutton, D. St. J., Gill, J. Russell on Arbitration, 22nd edition, Sweet & Maxwell, 2003, pp.7–10; Redfern, A., Hunter, M. Law and Practice of International Commercial Arbitration, 3rd edition, Sweet & Maxwell, 1999, pp.23–30). Конституционный суд отклоняет аргумент Заявителя о том, что недостатком регулирования процесса третейского суда считается отсутствие таких требований, которые устанавливали бы, что, по мнению Заявителя, решение должно быть обосновано нормами материального и процессуального права Латвии. Совсем наоборот – одним из преимуществ такого процесса является возможность договориться о том, что третейский суд разрешает спор как мировой посредник (amiable compositeur) или «по совести и справедливости» (ex aequo et bono), или на основании международных торговых обычаев (lex mercatoria). Эмпирическими исследованиями констатировано, что коммерсанты придают большое значение возможности эффективного, скорого и удобного воплощению в жизнь решений третейского суда, а также запрету подавать апелляцию по существу (см.: Bührling-Uhle, Ch. Arbitration and Mediation in International Business: Designing Procedures for Effective Conflict Management, Kluwer Law International, 1996, pp.136–137). В пояснении к уже упомянутой Рекомендации (см. пункт 7.1 настоящего решения) Комитет министров также указал, что скорость работы третейского суда, профессиональная специализация и сравнительно менее формальный процесс, несомненно, являются его преимуществами (pp.15–16).

8.3. Рассмотрение споров в третейских судах снижает также нагрузку судов общей юрисдикции (см. Рекомендацию, а также решение Европейской комиссии по правам человека по делу Axelsson v. Sweden, No 11960/86). Частноправовой характер третейской оговорки и третейского процесса исключает возможность ведения точного учёта рассмотренных дел. Однако и статистика в отношении требования принудительного исполнения подтверждает, что это количество не является незначительным. Как, ссылаясь на полученные из Министерства юстиции сведения, в ответном письме указал Сейм, в 2003 году на принудительное исполнение решений третейских судов подано почти четыре тысячи заявлений и только 49 из них были отклонены.

8.4. Таким образом, у оспариваемых норм имеется легитимная цель, а именно: они обеспечивают быстрое и эффективное рассмотрение споров, снижают нагрузку судов, а также дают некоторые иные преимущества.

9. Принимая во внимание то, что целью закреплённых в Конституции основных прав является защита интересов лица, Конституционный суд признаёт, что свободная воля, которая при заключении третейской оговорки выражается в форме гражданско-правовой сделки, является адекватным критерием допустимости ограничения основных прав. Если только не нарушаются защищаемые законом интересы других лиц, задачей ни законодателя, ни Конституционного суда не является замена волеизъявления лица своим заключением о желаемой модели действия и о его разумности.

Тем не менее, оценивая соразмерность вытекающего из оспариваемых норм ограничения обращаться в суд, среди прочего следует помнить, что ограничить можно также само ограничение. Независимо от воли лица законодатель запрещает ему в установленных случаях и в определённых формах ограничивать

свои права, гарантированные статьёй 92 Конституции. Во-первых, свобода отказаться от гарантированных статьей 92 Конституции прав даётся лишь в той мере, в которой она не становится несовместимой с основными принципами государственной правовой системы. Поэтому, оценивая соразмерность оспариваемых норм, надлежит выяснить, регулируется ли их применимость таким образом, чтобы эта граница не нарушалась (см. пункт 9.1 настоящего решения). Во-вторых, объём, до которого лицо ограничивает свои основные права, заключая третейскую оговорку, уменьшается также регулированием процесса третейского суда (см. пункт 9.2 настоящего решения). В-третьих, в регулировании отдельных отраслей предусмотрена защита от «принуждения» к третейской оговорке для более слабого в хозяйственном смысле или менее опытного участника сделки (см. пункт 9.3 настоящего решения).

9.1. Как указано ранее, право обращаться в суд, содержащееся в статье 92 Конституции, может быть ограничено (см. пункт 7.3 настоящего решения) и в случае заключения третейской оговорки для такого ограничения имеется легитимная цель (см. пункт 8.4 настоящего решения). Однако право на справедливый суд, гарантированное статьёй 92, не содержит только право на доступность суда, поэтому из сказанного также не следует, что заключение третейской оговорки может рассматриваться как отказ от всех прав, гаранти-рованных упомянутой нормой. Так всегда указывали также контролирующие институции Конвенции (см.: X c. Allemagne; R c. la Suisse, nº 10881/84; см. также: Deweer v. Belgium, para. 49; Nordström–Janzon and Nordström–Lehtinen v. The Netherlands, No 28101/95). В деле «Альбер и Леконт против Бельгии» ЕСПЧ obiter dictum даже указал, что некоторые из защищённых статьёй 6 прав являются настолько фундаментальными и важными для демократического общества, что от них невозможно отказаться даже по свободному и не подверженному никакому влиянию волеизъявлению (см.: Albert and Le Compte v. Belgium [1983] ECHR 1, para. 35).

Хотя институции Европейского Совета в своей практике не отделяли добровольно ограничиваемые и не ограничиваемые права, гарантированные статьёй 6, в правоведении сделан вывод о том, что ко второй группе принадлежат, по крайней мере, право на равноправие сторон, независимость суда и возможность быть выслушанным, а также право на объективный суд (см., напр.: Briner, R., von Schlabrendorff, F. Article 6 of the European Convention on Human Rights and its Bearing upon International Arbitration, in: Briner, R., Fortier, L. Y., Berger, K. P., Bredow, J. (eds.) Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century, Carl Heymanns Verlag, 2001, p.92–95; Petrochilos, G. Procedural Law in International Arbitration, Oxford University Press, 2004, pp.130–131; Jaksic, A. Arbitration and Human Rights, Peter Lang, 2002, pp.56, 249). Эти права являются особо существенными потому, что они необходимы для защиты достоинства человека и власти закона (см.: Briner&von Schlabrendorff, p.97; Jaksic, p.218). Статья 1 Конституции, а также предусмотренная статьёй 95 защита достоинства человека требует подобных соображений при определении тех процессуальных прав, которые заслуживают особо строгой защиты.

Не следует отрицать, что упомянутые права действительно широко признаны. Их гарантирует как Конвенция, так и часть первая статьи 14 Пакта и норма, включённая в статью 10 Всеобщей декларации прав человека, имеющая статус нормы международного обычного права. Защита этого права предусмотрена

также в Типовом законе о международном коммерческом арбитраже Комиссии Организации Объединённых Наций по праву международной торговли (см.: UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, http: //www.uncitral. org/english/texts/arbitration/ml-arb.htm, далее – Типовой закон)., Типовой закон, хотя и задумывался как модель процесса урегулирования международных коммерческих споров, стал современным стандартом нормативного регулирования третейских судов во всём мире (см.: Redfern & Hunter, p.342).

Ранее упомянутое дело ЕСПЧ "Альбер и Леконт против Бельгии" dictum, согласно которому от некоторых процессуальных прав невозможно отказаться даже добровольно, частично перекликается с высказанным Заявителем мнением о том, что договорное ограничение прав, гарантированных в статье 92 Конституции, не может быть обязательным для лица. Тем не менее, относительно упомянутых особо защищаемых процессуальных прав такая категоричная формулировка была бы неточной и несовместимой с сутью процесса третейского суда. Конституционный суд подчёркивает, что в практике многих других государств суды также считают, что лицо отказалось, к примеру, от права быть выслушанным, если оно игнорировало процесс третейского суда, или же от права на объективный суд, если оно своевременно не предъявило возражения против необъективности третейского суда (см.: Jaksic, pp.238, 256–276; Briner & von Schlabrendorff, pp.94–95). Третейская оговорка не имела бы смысла, если какой-либо из его участников мог бы выбрать неиспользование своих процессуальных прав, чтобы позднее, ссылаясь на их неотъемлемость, возражать против исполнения решения.

Несмотря на упомянутый вывод по делу «Альбер и Леконт против Бельгии», в решении о приемлемости дела «Сованиеми против Финляндии» ЕСПЧ тем не менее указал, что при конкретных обстоятельствах дела заявитель, своевременно не возразивший против необъективности третейского судьи, недвусмысленно отказался от права на объективный суд (см.: Suovaniemi v. Finland, No 31737/96). Обязанностью государства является не устранение каждого нарушения процессуального права, а обеспечение возможности для его устранения (см.: Petrochilos, p.164). Принимая во внимание значимость этого права в демократическом обществе, допускаемые стандарты его ограничения должны быть очень высокими (см.: De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium [1971] ECHR 1, para. 65; Deweer v. Belgium, para. 49). Во-первых, ограничение этого права нельзя выводить только из заключения третейской оговорки. Во-вторых, всегда презюмируется, что лицо это право не ограничило, если только его действия недвусмысленно не свидетельствуют об обратном. В-третьих, ограничение может иметь силу только постольку, поскольку соответствующие права не отнимаются по существу (см.: Waite and Kennedy v. Germany [1999] ECHR 13, para. 59).

Упомянутые особо строго защищаемые права в процесс третейского суда "вошли" через пункт 3 части первой статьи 536 Гражданско-процессуального закона, которая предусматривает: «Судья отказывает в выдаче исполнительного листа, если сторона, в отношении которой требуется исполнение решения третейского суда, предоставила доказательства того, что [..] третейский суд не был образован или процесс третейского суда не состоялся в соответствии с условиями третейской оговорки или части D настоящего закона». В данную часть D включены

нормы, предусматривающие объективность и независимость третейских судей (часть третья статьи 497), равноправие сторон (статья 505) и право быть выслушанным (статья 518). Также Конституционный суд обращает внимание на пункт 5 части второй статьи 530 Гражданско-процессуального закона, который предусматривает – если только стороны не договорились об обратном, в решении третейского суда должна быть указана мотивация. Поэтому не является обоснованным изложенное в конституционной жалобе мнение о том, что решение третейского суда не должно быть мотивировано. Отсутствие мотивации, так же как и запрещение других упомянутых выше прав, когда стороны этого не желали, может быть причиной для отказа в выдаче исполнительного листа.

Согласно общему принципу государство не несёт ответственности за нарушения основных прав, допущенные в процессе третейского суда. Решая вопрос о приемлемости подобных жалоб, связанных с третейским судом, Европейская комиссия по правам человека неоднократно указывала, что «деятельность третейских судей не может повлечь за собой ответственность государства, пока государственные суды не будут приглашены для вмешательства в такую деятельность» (R c. la Suisse; Jakob Boss Söhne KG v. Germany, No 18479/91; см. также, напр.: Heinz Schiebler KG v. Germany, No 18805/91). Однако обязанностью государства является, во-первых, обеспечение средств для защиты от нарушений упомянутых процессуальных прав в процессе третейского суда и, во-вторых, не признать результат такого процесса третейского суда. В Латвии, в отличие от большинства других государств, обе упомянутые обязанности сливаются, поскольку закон не предусматривает возможности требовать отвода третейского судьи или отмены решения третейского суда в государственном суде. Поэтому контроль над третейскими судами сконцентрирован на стадии выдачи исполнительного листа. Можно сомневаться в том, является ли такое решение оптимальным, а также в том, необходим ли отказ от признанной и принятой в мире модели контроля над третейскими судами, однако у государства имеется широкая свобода действий по установлению регулирования процесса третейского суда. Контроль на стадии выдачи исполнительного листа считается достаточным средством, по крайней мере, для обеспечения соблюдения основных прав. Однако, выдавая исполнительный лист по решению третейского суда, вынесенному без соблюдения основных прав, нарушаются как статья 92 Конституции, так и международные обязательства государства по реализации прав человека. Согласно нормам международного обычного права ответственность государства как таковая может быть инициирована в тех случаях, когда государство принимает как собственную ту деятельность, которая, совершённая государством, была бы незаконной. Этот принцип кодифицирован в проекте регулирования ответственности государства, подготовленном Комиссией по международным правам (см.: Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts 2001, UN Doc A/56/10 (2001) Ch IV.E.1, p.43), который единогласно признала Генеральная Ассамблея Объединённых Наций. Не углубляясь в вопрос о горизонтальной применимости международных норм по правам человека, то есть, о применимости к отношениям между субъектами частного права, Конституционный суд согласен с тем, что ответственность государства инициируется даже в том случае, если акцептованные им «действия в исполнении первоначального исполнителя не были незаконными или их осуществляло частное лицо, для которого в соответствующих случаях международное право не является

обязательным» (см.: Commentaries to the draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts 2001, UN Doc A/56/10 (2001) Ch IV.E.2, p.122). Таким образом, выдавая исполнительный лист, государство становится ответственным за нарушения прав человека, имевшие место в процессе третейского суда.

В связи с этим на судах общей юрисдикции лежит вытекающая из Конституции и международных норм по правам человека обязанность отказать в выдаче исполнительного листа, если в процессе третейского суда не были соблюдены основные права, от использования которых лицо не отказалось, и Гражданско-процессуальный закон предусматривает возможность исполнения этой обязанности.

9.2. Оспариваемые нормы подлежат рассмотрению также в контексте с другими нормами Гражданско-процессуального закона, ограничивающими круг дел, рассматриваемых в третейских судах, а также предусматривающими вовлечение суда в урегулирование таких споров, которые согласно договору подведомственны третейскому суду.

Дела, определённые в пунктах 1–3 и 5 статьи 487 Гражданско-процессуального закона, которые нельзя передавать для рассмотрения в третейский суд, поскольку в них «стороны [не являются] неограниченными хозяевами или распорядителями» и являются "очевидными публично-правовыми элементами" (Bukovskis V., 570. lpp.). В соответствии с договорной природой процесса третейского суда пункт 4 упомянутой статьи от установления прав и обязанностей в третейском суде защищает лиц, которые не являются участниками третейской оговорки. В свою очередь, часть четвёртая статьи 493 защищает от ненадлежаще долгого откладывания разрешения спора, предусматривая случаи, при которых сторона имеет право в одностороннем порядке отказаться от третейской оговорки, а именно: если в течение более четырёх месяцев не сформирован состав третейского суда или же не совершаются никакие процессуальные действия, или если в течение года с начала процесса третейский суд не закончил рассмотрение дела вынесением решения. Наконец, статья 536 предусматривает обязанность суда отказать в выдаче исполнительного листа по решению третейского суда, если в процессе его вынесения были допущены нарушения норм процессуального или материального права.

Регулирование процесса третейского суда многих других государств, среди которых Австрия, Бельгия, Франция, Италия, Нидерланды, Швейцария и Германия, и Типовой закон для отмены (статья 34) и для отказа в признании или введении (статья 36) решений третейского суда предусматривают мотивы, схожие с содержанием статьи 536 Гражданско-процессуального закона. Необходимо отметить, что Типовой закон предусматривает также и другие случаи, при которых государственные суды могут привлекаться к процессу третейского суда, однако вмешательство либо выражается как помощь процессуального характера, либо обеспечивает процессуальные гарантии, которые, хотя и в иной форме, тем не менее по существу доступны согласно статье 536 Гражданско-процессуального закона об отказе в выдаче исполнительного листа.

Оценивая предусмотренные законом отношения между судами общей юрисдикции и третейскими судами, необходимо учитывать, что для сохранения достижимости целей третейского суда (см. пункт 8.2 настоящего решения) важно ограничить вмешательство в него. Руководствуясь данной позицией (см.: Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the Model Law on International

Commercial Arbitration, para. 14, http://www.uncitral.org/english/texts/arbitration/ml-arb.htm), в Типовой закон включена статья 5, которая предусматривает: «В регулируемые настоящим законом вопросы суды не вмешиваются, если только это не предусмотрено настоящим законом». В правовой литературе также указывается, что «с приближением конца двадцатого века, [..] утверждается всё большая независимость третейских судов» (Redfern & Hunter, pp.341–342). Сравнивая регулирование процесса третейского суда многих других государств, процитированное обобщение очень точно характеризует существующую ситуацию, поскольку в нормативных актах, регулирующих процесс третейского суда упомянутых государств, констатируется достаточное большое однообразие относительно основ, позволяющих вмешиваться в процесс третейского суда, обжаловать решение третейского суда или возражать против его признания и принудительного исполнения.

9.3. Кроме того, трудовое право (см. пункт 9.3.1 настоящего решения), права потребителей (см. пункт 9.3.2 настоящего решения) и конкурентное право (см. пункт 9.3.3 настоящего решения) предусматривают отдельные ограничения для заключения третейской оговорки.

9.3.1. Трудовое право является отраслью, в которой считается, что одна из сторон договора – работник – находится в более слабой позиции в экономическом отношении, поэтому устраняется возможность для «принуждения» его к третейской оговорке. Статья 30 Закона о труде предусматривает: «Индивидуальные правовые споры между работником и работодателем, если они не разрешены на предприятии, подлежат разрешению в суде». Ещё точнее эта норма повторяется в части четвёртой статьи 7 Закона о трудовых спорах: «Индивидуальный правовой спор не подлежит разрешению в третейском суде».

9.3.2. Похожими соображениями защищаются также потребители. Согласно пункту 7 части третьей статьи 6 Закона о защите прав потребителей несправедливым условием договора считается условие, которое «предусматривает рассмотрение споров только в третейском суде». Согласно части восьмой этой же статьи «несправедливые условия по требованию потребителя признаются не имеющими силы». Конституционный суд указывает, что такая обеспеченная законом защита потребителей является более широкой, чем иногда считается, поскольку даже, например, договоры потребительского кредитования (лизинга) и в большинстве своём договоры найма считаются потребительскими договорами. Действия, осуществляемые в соответствии с ними, соответствуют определению услуги, приведённому в пункте 2 статьи 1 закона: извлекается (нематериализованный) результат труда, например, возможность получить хозяйственную ценность (кредит) для приобретения товаров или возможность находиться в жилых помещениях, и данная работа совершается в рамках предпринимательской или профессиональной деятельности. Также следует учитывать, что процитированные нормы Закона о защите прав потребителей о несправедливых положениях договора вводят требования статьи 3 Директивы Европейского Совета № 93/13/ЕЕС о несправедливых условиях в потребительских договорах (см.: Official Journal, L 95, 21/04/1993, pp.29–34). Интерпретируя установленные в директиве ограничения на привязку потребителей к меняющейся оговорке о подсудности, Суд Европейского Сообщества указал, что возможную несправедливость и действительность такой оговорки суду необходимо оценивать по своей собственной инициативе, поскольку по разным причинам потребитель может не явиться в другой суд, кроме как в тот, которому дело было бы подсудно согласно закону, и именно

такого рода проблемы соответствующие нормы должны устранить (см.: дела C-240-244/98, Océano Grupo Editorial SA v. Roció Murciano Quintero [2000] ECR I–4491, paras. 26, 29). Конституционный суд считает, что таким образом надлежит действовать также судам общей юрисдикции Латвии, если необходимо, отказывая в выдаче исполнительного листа согласно пункту 1 части первой статьи 536 Гражданско-процессуального закона. Третейским судам также по своей инициативе надлежит оценивать действительность включенной в потребительский договор третейской оговорки. Вынеся решение, которое в государственном суде оказывается неисполнимым, он становится ответственным перед участниками дела за проведение лишнего процесса.

9.3.3. В конституционной жалобе Заявитель также косвенно утверждает, что третейская оговорка может быть включена в договоры не столько в результате соглашения сторон, сколько за счёт использования одной стороной своей рыночной власти. Конституционный суд указывает, что в условиях нормальной конкуренции каждый может выбирать, какие условия договора предлагать и какие принимать. Следовательно, «невидимая рука» рынка должна влиять на содержание заключённых договоров. В случае, когда экономическое положение позволяет навязать одному или нескольким участникам рынка такие условия договора, с которыми прочие участники сделки при других обстоятельствах не согласились бы, защита возникает по нормам конкурентного права.

В пункте 4 статьи 13 Закона о конкуренции предусмотрено: «Любому участнику рынка, находящемуся в доминирующем положении, запрещается каким-либо образом злоупотреблять им на территории Латвии. Злоупотребление доминирующим положением может выражаться также как [..] прямое или косвенное навязывание или применение несправедливых условий торговли». В письме в Конституционный суд СК указывает, что «включение дискриминационных условий в третейскую оговорку и вытекающее из неё нарушение запрета на злоупотребление доминирующим положением можно квалифицировать в соответствии с правовым составом общей оговорки статьи 13, а саму третейскую оговорку считать несправедливым условием сделки. [..] То же самое относится к пункту 5 статьи 13, который предусматривает запрет на применение неравных условий в эквивалентных сделках с другим участником рынка, создавая для него неблагоприятные в конкурентном смысле обстоятельства». СК также указывает, что упомянутые нормы могут применяться, когда ни один из участников рынка в отдельности не находится в доминирующем положении, но несколько участников совместно образуют так называемую коллективную доминанту или совокупное доминирующее положение. Предложение нескольких одинаковых условий договора, в том числе третейской оговорки, само по себе ещё не свидетельствует об этом, однако, оценив особенности конкретной ситуации, например, возможность участников рынка действовать независимо от конкурентов и наличие экономических или иных связей, можно констатировать совокупное доминирующее положение. Конституционный суд считает, что коммерсанты конкурируют всеми этими предлагаемыми условиями договоров в совокупности, и поэтому третейская оговорка признаётся «торговым условием» в понимании Закона о конкуренции. Поэтому в случаях, когда участники дела ссылаются на третейскую оговорку, навязанную под влиянием рыночной власти, суду в рамках процесса выдачи исполнительного листа надлежит оценить, не имело ли место нарушение конкурентного права.

9.4. Как упоминалось ранее (см. пункт 8.2 настоящего решения), процесс третейского суда невозможно совместить с запрещённой оспариваемыми нормами возможностью рассмотреть соответствующее дело по существу в суде общей юрисдикции. Кроме того, оспариваемые нормы, даже если они ограничивают право лица обращаться в суд, не обеспечивают действительность третейской оговорки. Даже исключение данных норм из Гражданско-процессуального закона не запретило бы договариваться о рассмотрении существующих или будущих споров в третейском суде и не лишило бы силы уже заключённые третейские оговорки. Поэтому для достижения идентифицированных легитимных целей не существует менее затруднительной альтернативы. Также Конституционный суд делает вывод о том, что объём установленного в оспариваемых нормах ограничения обращаться в суд в достаточной мере снижается действующим регулированием гражданского процесса и других отраслей права. Таким образом, оспариваемые нормы являются соразмерными с их целью.

10. Одновременно Конституционный суд усматривает отдельные проблемы процесса третейского суда, которые существуют и в последнее время особо подчёркиваются в латвийской правовой науке и практике (см., напр.: Torgāns K. Šķīrējtiesas Latvijā: vajadzīgas radikālas pārmaiņas. Jurista Vārds. 2005. 11. janvāris, Nr.1, 1.–3.lpp.).

С точки зрения защиты основных прав наиболее существенной стадией процесса третейского суда является выдача исполнительного листа. На данной стадии контролируется соответствие решения и процесса требованиям закона. И ГБПЧ, и доктор юридических наук Я. Розенберг в адресованных Конституционному суду письмах выразили опасения о слишком коротком сроке принесения возражений против выдачи исполнительного листа, о запрете обжаловать решение о выдаче исполнительного листа и о разрешении этого вопроса без заседания суда. Поэтому Конституционный суд обращает внимание Сейма на то, что в принятом во втором чтении законопроекте «О внесении изменений в Гражданско-процессуальный закон» (http://www.saeima.lv/ bi8/lasa?dd=LP0968_2) по-прежнему не предусмотрена процедура выдачи исполнительного листа, которая соответствовала бы гарантиям статьи 92 Конституции и статьи 6 Конвенции, в том числе праву обжаловать решение о выдаче исполнительного листа. В рамках процесса выдачи исполнительного листа устанавливаются гражданские права и обязанности лица, и данный процесс должен соответствовать требованиям, содержащимся в статье 92 Конституции и статье 6 Конвенции. Однако в рамках настоящего дела Конституционный суд не призван оценивать нормы, допускающие выдачу исполнительного листа по решению третейского суда.

В настоящий момент в Гражданско-процессуальном законе и в проекте изменений к нему также отсутствуют нормы, определяющие процедуру оспаривания решения третейского суда, даже если не востребована выдача исполнительного листа. Принимая во внимание часто высказываемую критику о работе третейских судов и prima facie наблюдаемых недостатках в регулировании выдачи исполнительного листа, признанный в мире институт оспаривания решения третейского суда имел бы для Латвии особенно большое значение.

В то же время необходимо полностью реализовать контроль над работой третейских судов, предусмотренный в уже имеющемся нормативном регулировании.

Выдавая исполнительный лист, государственным судам надлежит установить высокие требования в отношении законности процесса третейского суда, в том числе независимости и объективности. В этой связи Конституционный суд добавляет, что согласно практике ЕСПЧ отсутствие независимости и объективности констатируется не только тогда, когда оно непосредственно доказано, но и тогда, когда по поводу наличия независимости и объективности могут возникать обоснованные сомнения (см.: Delcourt v. Belgium [1970] ECHR 1, para. 31; Piersack v. Belgium [1982] ECHR 6, para. 30). Причиной таких сомнений может быть организационная структура третейского суда, предыдущие отношения третейских судей со сторонами, а также другие факторы. Ссылаясь на ранее упомянутую согласованность в понимании латвийских и международных норм по правам человека (см. пункт 7.1 настоящего решения), Конституционный суд считает, что такой подход должен использоваться при применении понятий объективности и независимости, включённых в Гражданско-процессуальный закон.

Резолютивная часть

На основании статей 30–32 Закона о Конституционном суде, Конституционный суд постановил:

признать пункт 3 части первой статьи 132 и пункт 6 статьи 223 Гражданско-процессуального закона соответствующими статье 92 Конституции Латвийской Республики.

Решение окончательное и обжалованию не подлежит.

Председатель заседания суда
Айвар Эндзиньш

МЕЖДУНАРОДНЫЙ ТОРГОВЫЙ АРБИТРАЖ: ПРИМЕНЕНИЕ АВТОНОМНЫХ ИСТОЧНИКОВ ПРАВА[1]

Проф. д-р Александр Чирич (Сербия),

Юридический факультет Университета в г. Ниш

1. Введение

Как известно, современное автономное право, которое в юриспруденции встречается под названием lex mercatoria, датирует из негосударственных правовых норм Среднего века.

В дискурсе правовой доктрине, совокупность торговых автономных норм обозначается и как транснациональное торговое право, которое, наряду с национальным и международным правом понимается как третий вид правового порядка.

В отношении применения автономных источников права, выделяются позиции, которые можно разделить на три конспекта:

Первое, «активный конспект», на основании которого lex mercatoria является в виде автономной юридической системы, характеризующаяся практику самых участников МТО (торговцев), которая существует независимо от национального правопорядка;

Второе, «Концепция о параллельном существовании lex mercatoria», видит эту систему как совокупность норм, чьё применение допускается как альтернатива правовым нормам государственного правового порядка на основании толерантности государственного законодателя;

Третье, «Конспект о дополнительном характере lex mercatoria», уделяющий ему характер правовых правил, которые возле применения национального права, имеют дополнительное значение.

Концепция применения автономного права или lex mercatoria, как источника арбитражной практики, имеет противников, но и своих сторонников.

Последователи такой теории широко пользуют выдвинутые в правовой науке идеи о «транснациональном» характере арбитража, о «договорной власти» арбитров для построения собственной аргументации о допустимости применения lex mercatoria в процессе разрешения международных торговых споров. При этом, интересным есть факт, что и арбитражная практика, сама по себе, является одним из основных видов источников lex mercatoria.

В связи с вопросом правомочия международного коммерческого арбитража на применение автономного права - lex mercatoria, задается ряд других вопросов: Какие виды источников охватывает международное автономное право? Из чего состоится *lex mercatoria*? Какие его характеристики? Чём отличается арбитражная практика, и является ли и она источником автономного торгового права? Какая конкуренция и иерархия в применении восстанавливается между этими источниками? Как относятся надлежащие государственные суды касательно действительности и возможности исполнения подобных арбитражных решений? Кто создает право международной торговли, включая правила для разрешения международных торговых споров, какими методами и в какой форме?

---

[1] Статья является результатом работы в рамках Проекта H0-179046 Министерства образовании и науки Республики Сербии.

2. Характеристики Lex mercatoria и ее источников, применяемых со стороны международного торгового арбитража

2.1. Как уже напомнили, в средневековой Европе большое значение имело право регулирующее международную торговлю посредством обычаев, известное как *lex mercatoria*. Во второй половине XIX века наблюдается возрождение международных торговых обычаев. Правовой основой для развития такой практики, стал реализованный в правовых системах большинства государств, принцип автономии воли сторон. Он нашел свое применение не только в коллизионных нормах, касающихся возможности сторон выбирать право, применимое к их отношениям, но и в иных нормах материального характера. Большее значение получило право в виде возможности сторон самостоятельно определять содержание их договорного обязательства, а также и их право выбрать арбитраж и процедуру рассмотрения спора.[2]

На сегодняшний день, пока нет единственного подхода относительно понятия и применения lex mercatoria как автономной системы права. В настоящем дискурсе правовой доктрине, совокупность торговых автономных правовых норм обозначается и как транснациональное торговое право, которое, наряду с национальным и международным правом понимается как третий вид правовой системы. *На концепцию транснационального права можно смотреть в свете доктрины lex mercatoria, или "право торговцев"*. В обществе всегда существовали мощные общественные силы – торговые общества и единоличные торговцы. Они, через свои ассоциации, сами создавали формальные источники права. Таким образом, lex mercatoria является правом, которое создают участники торговых отношений. Его применение зависит от их автономии воли. Границами этой воли являются национальные правовые порядки и императивные нормы государственного права. Если автономные источники применяются с внутренних сторон одного государства, они создают национальное автономное право, а когда их применение расширяется с внешних сторон государственных границ, речь идет о международном автономном праве.

Основанием появления, а также применения в жизни автономного права международной торговли, является сама автономия воли договаривающиеся сторон, т.е. субъектов международного делового отношения. Она проявляется в свободе:

а) заключения договора;

б) выбора права и правил, чьим применением деловые субъекты хотят нормировать взаимные договорные отношения и

в) выбора способа разрешения споров.

Можно сказать, что lex mercatoria является видом денационализованного права, чьё применение зависит от автономии воли участников торговых отношений, на которую основывается и арбитражное соглашение как конститутивный акт компетенции международного торгового арбитража.[3] Ограничениями этой воли являются императивные нормы государственного права.

---

[2] А. Тынель, Я. Функ, В. Хвалей, Курс международного торгового права, 1999, Минск, С. 54-55.

[3] O. Chyrych, The right of international commercial arbitration to resolve the issue of its own jurisdiction, Law of Ukraine, 2/2011, p. 108-118, и: А. Чирич, Право «компетенции-компетенции», как выражение независимости международного торгового арбитража», Практика международного коммерческого арбитража, 2/2006. С. 21-35.

Сегодня, старые источники права, *lex mercatoria*, реинтегрируются в новое право торговцев *(новая lex mercatoria)*, которое является неизбежным последователем процесса глобализации. Оно представляет стержень современных норм делового материально-правового характера и является результатом потребностей нового времени. В этом смысле, *lex mercatoria* нашла свое отражение в договорной практике, в судебных и в арбитражных решениях, а так же и в национальном и международном законодательстве.

По замыслу сторонников теории, *lex mercatoria*, автономное торговое право предназначено заменить национальные правовые системы в регулировании международных коммерческих операций, и не требует одобрения со стороны государства.

Противники такого подхода считают, что практике применения современной *lex mercatoria* надо поблагодарить, потому что она не представляет ничего другого, а понятие создано со стороны, так называемых, „уважаемых авторов“ для потребностей мощных, прежде всего, транснациональных компаний (ТНК), которые их вписали на свой „платежный лист“.[4]

В любом случае, реальностью является факт, что концепция о государстве как единому неизбежному фактору создания правовых источников, появлением новой lex mercatoria, подвергается серьезной проверке.

Если исходим от общей дефиниции, что право является совокупностью правил поведения предусмотренных и санкционированных со стороны государства, мы могли бы оспорить ценность автономного торгового права в целом. Однако такая категорическая позиция не соответствовала бы реалии о существовании регуляторной рамки международных торговых отношений. Мы считаем, что автономное торговое право существует, и что оно должно обладать государственным признанием, либо толерантности государственного права, в отношении его применения.

Источники права для регулирования международных торговых отношений (МТО), которые могут появиться предметом арбитражного разрешения споров, отличаются своей многочисленностью, охватывая широкий ряд норм, как *jus cogens* (императивных), так и *jus dispositivum* (диспозитивных), а так же и обычаев, которые находятся и непосредственно применяются субъектами в деловых операциях этого рода. На основании своего происхождения и способа создания, они разделяются на государственные, национальные, международные, наднациональные и автономные нормы. [5]

Имея в виду, что центральным предметом нашего анализа является применение автономных норм права в арбитражной практике, можно исходить из факта, что органы, решающие споры с международными элементами в лице международных торговых арбитражей, уважают эти источники, основывая свои решения на их нормах. Оценивается, что такая практика представляет важный вклад правовой известности участников международного торгового оборота,[6] и, что автономное

---

[4] *M. Sornarajah, Power and Justice in Foreign Investment Arbitration, Journal of International Arbitration, 14/1997, p. 125.* См. и: *E. Kunštek, Arbitražna nadležnost ICSID, Rijeka, 2002, C. 25.*

[5] А. Ћирић, Међународно трговинско право, Издавачки центар Правног факултета Универзитета у Нишу, Ниш, 2012. С. 3-8.

[6] Д. Митровић.: Међународна трговинска арбитража, Београд, 1998. стр. 56.

право (*lex mercatoria*), играет чрезвычайно важную роль в процессе арбитражного разрешения международных торговых споров.[7]

На вопрос, из чего состоится *lex mercatoria*, правовая теория отвечает различными способами.

Существует мнение, что *lex mercatoria* состоится из обычая и практики международной торговли. Применение этих источников имеет факультативный характер и об этом может быть речь, только в случаях, если появится потребность для пополнения правовых пробелов в ходе применения национального законодательства.

В любом случае, концепция о государстве как о единому создателю права, появлением *lex mercatoriae*, подвергается серьезной проверке.

2.2. Несмотря на различные подходы в доктрине о том, считается ли *lex mercatoria* самостоятельным правопорядком, которого можно применять независимо от государственного правового порядка, в практике появляются арбитражные соглашения со ссылками на применение правил автономного торгового права[8] - «*lex mercatoria*». Международные торговые арбитражи уважают источники *lex mercatoria*, взимая их в основании своих решений. [9]

В формальном смысле, источники автономного торгового права многочисленные, а самыми значительными среди них являются:

модельные законы;[10]

---

[7] J. Вилус, С. Царић, С. Шогоров, Д. Ђурђев, Д. Дивјак, Међународно привредно право, Нови Сад, 2008. С. 45.

[8] См.: *C. M. Schmitthoff, op. cit*, p. 7-15. Напоминаем, что все больше проявляется большой интерес правовых теоретиков различных стран за эту проблематику. *СМ.: B. Audit, the Vienna Sales Convention and the Lex Mercatoria, Carbonneau (ed.), Lex Mercatoria and Arbitration: a Discussion of the New Law Merchant, Dobbs Ferry, NY: Transnational Juris Publications (1990) 139-160; Harold J. Berman, The Law of International Commercial Transactions (Lex Mercatoria), 1988; Emory J. Int'l Disp. Resol. (1988) 235-310; T. E. Carbonneau, Lex Mercatoria and Arbitration: A Discussion of the New Law Merchant Dobbs Ferry, NY: Transnational Juris (1990) 227 p.; UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts: A New Lex Mercatoria, ICC Publication No.490/1 (1995) 85-93*; А. Ћирић, Транснационални трговински правни систем, Актуелне тенденције у развоју и примени европског континенталног права: тематски зборник радова, Св. 2, Центар за публикације Правног факултета, Ниш, 2010, С. 317-336.

[9] См.: А. Симовић, *Lex mercatoria* као извор међународног трговинског права у пракси Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Србије, „Арбитража“, бр. 5/2008, С. 65.

[10] Модельные законы являются результатом активностей негосударственных, профессиональных организаций торговцев, которые предлагают законодательной и деловой практике на национальном и международном уровне, способ выработки и унификации законодательных проектов для регулирования отдельных отраслей деловых отношений в обороте товара, услуг и денег. Принятием решения модельного закона со стороны национальных законодателей, осуществляется результат, на основании которого законодательные акты различных стран получают одинаковую концептуальную структуру и битные совместные характеристики. При этом такой процесс не обусловливается и не подразумевает полное усвоение конкретных решений об определенных вопросах. Метод пользуется, когда хочется осуществить структуральную идентификацию норм, регулирующих определенный юридический вопрос. Полное совпадение в нормировании не является необходимой. Принятие модельных законов имеет своей целью утвердить направление движения эвентуальных кодификаций на национальном уровне.

Типичным примером и результатом унификации, является Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже (1985 год) с изменениями, принятыми в 2006 году. Он призван оказывать государствам помощь в реформировании и обновлении их законодательства об арбитражной процедуре, с тем, чтобы учесть особые черты и потребности международного коммерческого арбитража. Он охватывает все этапы арбитражного процесса: от заключения арбитражного соглашения, определения состава арбитражного суда и решения вопросов, связанных с его компетенцией и масштабами возможного вмешательства со стороны судов общей юрисдикции, до вопросов признания и приведения в исполнение арбитражного решения. Закон отражает достигнутый во всемирном масштабе консенсус по ключевым аспектам практики международного арбитража, принятой во многих государствах мира, представляющих все регионы и обладающих различными правовыми и экономическими системами.

кодифицированные правила;[11] типовые договоры;[12] общие условия;[13] обычаи и узанции;[14] оборотные обычаи;[15] деловые обычаи;[16]

---

[11] Кодифицированные правила создают международные профессиональные, неправительственные, межправительственные, универсальные, региональные торговые организации, которые на основании поведения непосредственных деловых субъектов в международном торговом обороте, создают отредактированный сборник кодифицированных торговых правил в определенной отрасли МТП. В пример такого рода можно привести деятельность ряда международных организаций, как например Институт унификации частного права в Риме – ЮНИДРУА (*Institut international pour l'unification du droit prive - UNIDROIT*), Международная торговая палата в Париже (МТК- ICC), и ряд других. Так, например, ссылка договаривающих сторон в международном договоре продажи товара на кодифицированные правила по толкованию торговых терминов, “INCOTERMS” (International Commercial Terms) - разработанных под руководством МТП, сегодня стала общей практикой в международном торговом обороте.

[12] На основании типового контракта одна сторона предлагает другой подготовленный проект текста договора, который она постоянно использует в своей деятельности. Оферент позволяет некоторые отступления от условия “формуляра” и выражает готовность вести переговоры об условиях, касающихся заключения договора. В отличие от типовых сделок существуют и сходные им контракты, так называемые, атхезионые договоры. Их характеризует принятие всех условий, содержащиеся в формуляре, причем оферент не допускает какое либо изменение. Другая сторона может только принять сформулированные условия из оферты (*en bloc*), или же вправе отказаться от них, сообразно началу «возьми или оставляй» (*take or leave*).

[13] Общие деловые условия в широком смысле принимают национальные и международные содружества, торговые общества, организации и профессиональные организации торговцев. Представляют свод правил и модель нормотворческого регулирования дел в отдельных отраслях международных торговых отношений, как правило, диспозитивным способом в их применении. Общие условия в узком смысле принимают и сами торговые общества. Они ссылаются в тексте договора на их применение, и если другая сторона это принимает, становятся его обязательной составной частью.

[14] Узанции (usage) представляют кодифицированные обычаи со стороны содружеств торговцев, какой либо другой организации, биржи, торговой палаты.

Узанции являются диспозитивными правилами поведения, применяющимися непосредственно либо косвенно на основании свободной воли деловых партнеров.

Надо подчеркнуть, что обычаи и узанции очень подробно регулируют определенные деловые операции и предусматривают решения для ряда специфических ситуаций международного торгового оборота. Потому представляется необходимым детальное знание этих правил на рынке, на котором заключаются либо выполняются договоры международного делового оборота.

[15] Появляются стихийно, в ежедневной торговой практике. Обычаи торгового оборота создаются на основании правил поведения, характеризующиеся техническими нормами, как например, обычаи способа соответствующей упаковки либо маркировки покупающего товара, обычай доставки товара на домашний адрес либо склад покупателя и т.п. Деловые партнеры будут ссылаться на такой обычай если другим способом, в случае спора, не смогут доказать свое принадлежащее право.

[16] Термин «обычай» в широком значении применяется в литературе для обозначения сложившихся на практике правил, как являющихся нормами права (правовыми обычаями), так и не являющихся таковыми (в том числе действующих внеправовой сфере). Под этот термин в данном случае подпадает и понятие обыкновения. Обыкновение можно определить, как правило, сложившееся в сфере внешней торговли на основе столь постоянного и единообразного повторения данных фактических отношений, что позволяет считать его входящим в состав волеизъявления сторон по сделке в случае соответствия их намерениям.

Представляется, что данное определение, отражая специфику обыкновения как обычного правила, не являющегося источником права, одновременно раскрывает основания его применения для регулирования прав и обязанностей сторон по договору, а также показывает тесную связь обыкновения с договорными отношениями лиц, занятых в определенной отрасли торговли. Именно через призму договора решается на практике вопрос о возможности квалификации такого правила как обыкновения.

В более узком смысле под обычаем может пониматься одна из форм выражения права - правовой обычай. Если брать это значение указанного понятия, то обычай и обыкновение должны разграничиваться по своей правовой природе как источник и не источник права. Обыкновение, таким образом, выступает в качестве внеправового обычая, действующего в сфере, опосредствуемой правом. Отмеченное различие является основным и приводит к тому, что принципы применения обычая и обыкновения для регулирования отношений сторон по сделкам неодинаковы. Обычай применяется как правовая норма: применимость обыкновения базируется на том, что оно считается входящим в состав волеизъявления сторон по договору. Об этом см.: И. С. Зыкин, Обычаи и обыкновения в международной торговле, «Международные отношения» М., 1983. С. 10-31.

деловые и производственные стандарты;[17] Soft law[18]; арбитражная практика национального и международного арбитража и другие. [19]

Решение споров по поводу международного оборота товаров, услуг и денег со стороны международных торговых арбитраж, представляет одну из самых больших характеристик международного торгового права (МТП), как самостоятельной отрасли права.

Международный торговый арбитраж в функции решения международных торговых споров в этом плане имеет широкое применение, сужая, таким образом, ширину компетенции государственных судов. Соглашение о компетенции арбитража для регулирования международного торгового или морского спора является конститутивным актом подсудности арбитража и одновременно, благодаря

---

[17] Деловые стандарты являются последствием современного массового производства. Почти для всех продуктов широкого потребления определены соответствующие стандарты. Так, известно какого качества должны быть, например, фрукты первого, второго либо третьего класса, какого качества должна быть обувь, машина, техническое оборудование. Большинство стран своим национальным законодательством регулирует эти значительные вопросы, прежде всего в интересах защиты потребителей. Производственные стандарты подразумевают нормы, определяющие, что товар не должен быть ниже уровня предусмотренного качества. Производственные стандарты могут быть нормированные либо обычные. Каждая страна имеет свое национальное законодательство по вопросам стандартов и так называемый законный стандарт (в Сербии это JUS - югославский стандарт, в Германии DIN, в Российской Федерации GOST и т. д.). Национальные стандарты утверждает надлежащий орган, т. е. организация, компетентная по вопросам стандартизации.

Сама стандартизация подразумевает процесс утверждения определенных характеристик продукции, материалов или процедуры в производстве, которые должны соблюдаться. Этот процесс контролируют надлежащие государственные органы. В этом смысле государственная интервенция является и коррективом автономного понимания международной деловой практики понятия «обычный стандарт продукта». Кроме влияния государства существуют и меры, предпринимающиеся на международном фоне. Это для внешнеторгового обмена очень важно, имея в виду, что продукты страны экспорта должны соответствовать стандартам, предусмотренным в стране их импорта.

Задачу по гармонизации национальных законодательств в отрасли стандартизации имеет Международная организация по стандартизации (*International Standard Organization-ISO*), созданная в 1947 году в Лондоне, см.: International Organization for Standardization - ISO ; http://www.iso.ch/.

[18] Правила поведения и нормы, имеющие различный уровень обязательности в применении, как например, декларации, резолюции, решения международных форумов, заключения и тому подобное, но которые не имеют силу обязательного применения, в литературе называются „Sofl law“ (мягкое право; право мягкого нормативитета). В эту группу входят источники права, которые имеют характеристики кодифицированных правил, как например конвенции, модельные законы, кодексы поведения и им сходные источники, чьи тексты не вступили в силу по причинам недостаточного числа ратификаций, или по либо другим причинам. Такие источники влияют на деловую практику силой собственных решений, особенно в областях, которые не нормированы полностью: Кодекс OECD о транснациональных компаниях; Резолюция об экономических правах государств, и другие.

[19] Такую классификацию автономных источников разработал и поддерживает профессор Р. Джурович, в своем учебнике Međunarodno privredno pravo, “Savremena administracija”, Beograd, 2004, а так же и А. Чирич, „Међународно трговинско право, општи део, Ниш, 2010, С. 33-95. Об источниках и концепции Международного ţosљjственного права см.: В. М. Корецкий, Избранные труды, книга 1, „Наукова думка“, Киев, 1989, С. 134-135, а так же и: А. Чирич, Концепция В. М. Корецкого как основа современной теории о межотраслевом характере международного торгового (хозяйственного) права, Наукові читання, присвячені памяті В. М. Корецького, Национальна академія Наук Украіны и Киевский унівесрситет права, Киев, 2098, С. 281-310.

позволению со стороны национальных правовых систем, актом дерогации подсудности государственных либо других надлежащих судебных органов.

Арбитражная практика, а также практика государственных судов, не может быть настоящим источником права, отличающим всеми своими традиционными характеристиками основного его понятия. Но влияние арбитражных решений несомненное, и оно может быть более значительно для правового порядка на фоне международных отношений, по сравнению с судебной практикой либо практикой других государственных органов в национальном праве. Нужно учитывать тот факт, что арбитражная практика постоянно гармонизирует существующее неравновесие между правилами национального законодательства. Особенно этот вклад появляется тогда, когда арбитраж, при условии прямого согласия сторон в споре, принимает решение на основании справедливости *ex equo et bono,* как «дружеский посредник».[20] Таким образом, арбитражная практика создает новые правила, которым пополняются пробелы либо устраняются недоразумения, происходившие из различий в национальных правовых системах. Она представляет собой один из спонтанных способов унификации международного делового права.[21] В арбитражных решениях часто встречаются правила common law, а также и нормы европейского наднационального, комунитарного права Европейского Союза. Надо подчеркнуть, что процесс продвижения правил автономного торгового права в международном торговом обороте все больше будет основанием для расширения роли арбитражного способа разрешения споров и увеличения значения арбитражной практики, как специфического вида источника МПП.

2.3. В этой статье мы не анализировали более подробно отдельные виды источников “*lex mercatoria*”, имея в виду их многочисленность и ограниченный объем статьи.

Источники этого вида имеют особое значение для регулирования договорных отношений делового характера. Они значимые и как правовые нормы, с возможностью применения, в ходе разрешения споров перед международными арбитражными органами.

Кроме назначенных, в широкий круг источников lex mercatoria включаются конвенции, международные договоры, общие принципы права, и другие инструменты регулирования международных коммерческих отношений обладающие различной правовой силой. Особое место между ними занимают источники «мягкого права» - «soft law”. Чрезвычайное значение уделяется Принципам международных коммерческих договоров УНИДРУА, и Принципам Европейского договорного права. Они являются результатом применения метода унификации источников права, известного в дискурсе юридической доктрине, как «креатура правовых документов».

Сторонники применения автономных источников в арбитражной практике своей правоты ссылаются, в частности, на официальный комментарий к Принципам международных коммерческих договоров УНИДРУА. В комментарии к Преамбуле Принципов отмечено, что в случаях установления законодательством возможности избрания сторонами «норм права» для урегулирования споров, стороны вправе в

---

[20] См. Т. Г. Захарченко, Н. А. Дуцник, Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП Украины по рассмотрению внешнеэкономических споров за 2006-2010 годы, под общей редакцией академика Н. Ф. Селивона, Киев, 2013, дело Н0-30, С. 275-301.

[21] Об этом: M. Selivon, Cooperation between judiciary and international commercial arbitration, Law of Ukraine, 2/2011, p. 139.

своем контракте указать Принципы УНИДРУА. Им придаётся качество права, на основе которого принимается решение, и без обращения к праву какого-либо конкретного государства. В комментарии также отмечена возрастающая тенденция признания за сторонами права избирать «нормы права», а не «национальное право» для урегулирования вытекающих из контракта споров.

В качестве кодификации lex mercatoria указывается и на перечень принципов, подготовленный Центром транснационального права при Университете Мюнстера (Германия), получивший известность в научной литературе как Принципы СЕНТРАЛ (CENTRAL).[22] В разделе «Цели и Концепция», сфера их применения обозначена как транснациональное коммерческое право. По мнению их создателей, они могут использоваться и как средство определения применимых в споре норм, если стороны выбрали транснациональное коммерческое право, или если арбитры решили использовать эту концепцию в разрешении конкретного спора.

В соответствии с ст. VII Европейской конвенции о международном торговом арбитраже из 1961 года, при разрешении дела, арбитры будут руководствоваться положениями контракта и деловыми обычаями.

На основании статьи 9. пункт 1 ВК, стороны связаны, любим обычаем, относительно которого договорились, и практикой которую они установили, в своих взаимных отношениях.

Пункт 2. этой статьи предусматривает, что «при отсутствии договорённости об ином, стороны подразумевали применение к их договору именно обычая. В литературе существует мнение на основании, которого эта норма Конвенции дает обычаю приоритет перед диспозитивной нормой ВК.[23]

3. Арбитражная практика, меркатократия и новая lex mercatoria

Новое право торговцев (новая lex mercatoria) существует, применяется и является неизбежным последователем процесса глобализации. Представляет стержень современных норм делового характера и воплощает потребности нового времени. Сегодня оно появляется в лице элитных торговых ассоциаций. Теория означает их как „меркатократия“ („mercatocracy“), которую создают транснациональные компании, эксперты правоведы, представители международных организаций. Одновременно они представляют достаточно мощную структуру, которая имеет два столпа своей опоры - транснациональный капитал и монополию над „школами мнений экспертов“, которые восстановляются в соответствии с интересами „меркатократии“.

В теории подчёркивается, что меркатократия связывается с двух современных процессов: первый, это развитие глобальных производственных отношений, а другой это приватизация регуляторных компетенций в сфере коммерческих и экономических отношений. Мы добавляем третий сегмент. Он относится к обеспечению санкции со стороны международного арбитража, в случае повреждения норм автономных источников права.

---

[22] Berger P, “Creeping Codification of the Lex Mercatoria”, Kluwer Law International; 1st edition, 1999.

[23] К. Н. Александровна, Теория lex mercatoria в юридической доктрине и практике, http://www.dslib.net/civil-pravo/teorija-lex-mercatoria-v-juridicheskoj-doktrine-i-praktike.html

Применение автономных источников для регулирования международных торговых отношений, а так же и в процедуре разрешения споров со стороны международных торговых арбитражей, критикуется как вид создания „мембраны для защиты корпоративных интересов“, за счет государств в развитии, потребителей, малых и средних деловых подразделений. Исходя из этого, противники концепции применения автономного права, считают, что практике применения современной lex mercatoria, надо поблагодарить, потому что она не представляет ничего другого, а понятие создано со стороны, так называемых, „уважаемых авторов“ для потребностей мощных, прежде всего, транснациональных компаний, которые их вписали на свой „платежный лист“. Они занимают позицию, на основании которой арбитраж и государственные суды, связаны результатом использования коллизионных привязок и обращением к правовой системе конкретного государства, что исключает применение lex mercatoria.

4. О применении автономных источников права в арбитражной практике

Несмотря на мнения противников применения автономного права в регулировании международных торговых отношений, в том числе и в процессе разрешения споров между их субъектами перед международными торговыми арбитражами, источники lex mercatoria, все больше являются надлежащим правом.

Для международного торгового арбитража важным есть вопрос, в какой степени и с какой силой автономные источники права применяются в порядке разрешения международных торговых споров, а так же и какая арбитражная практика устанавливается в этом плане.

В теории и в практике поднимается вопрос правомочия международного коммерческого арбитража на применение автономного права - lex mercatoria. При этом, интересным есть факт, что и арбитражная практика, сама по себе, является одним из основных видов источников lex mercatoria. Объективно, она представляет существующую реальность и остается одним из наиболее важных его источников.

В практике международных арбитражей, lex mercatoria применялась неоднократно.

По конкретному делу (№812822), рассмотренном Арбитражей при МТП, Трибунал решил применить, наравне с ВК, и другие документы, как Принципы УНИДРУА и Европейские Принципы. Имея в виду, что ВК не регулирует вопрос ничтожности договора купли-продажи, Арбитраж сослался на ст. ст. 3.5. и 3.8. Принципов УНИДРУА и ст. 4.107 Европейских Принципов, которые, как уже напомнили, определяются источниками в качестве lex mercatoria.

Решая спор из договора купли-продажи, Внешнеторговый арбитраж при Хозяйственной палате Сербии в Белграде, в лице единоличного арбитра, в случае отсутствия процентной ставки для исчисления годовых, занял позицию на основании которой:

« …широко и равномерно приняты обыкновения в торговой и банковской практике, которые повторяются в деловых кругах, и которые соблюдают стороны в договорах того же типа в соответствующей профессии, являются твердым ядром lex mercatoria. Они применяются на спорные отношения, если

нет другого соглашения, а договаривающие стороны знали их, или должны были их знать,…».[24]

В арбитражной практике есть конкретных примеров, в которых арбитражные решения основываются на применении только источников *lex mercatoria*. Суды отдельных стран признают действие таких решений, в отличие от большинства национальных прав, в которых *lex mercatoria* принимается как автономное торговое право и деловой обычай.[25] В принципе суды могут, имплицитно, применять основные правила относящихся на деятельность торговцев, которые занимаются определенной отраслей торговли.[26]

В отличие от этого подхода, большинство национальных порядков права, в которых lex mercatoria принимается, придают ему значение силу автономного источника, с действием торгового делового обычая и обыкновения.

На основании мнений в правовой науке и исследования арбитражной практики, можно выделить четыре подходов, арбитражных судов в связи с применением lex mercatoria.

В-первых, когда существует согласие договаривающиеся сторон о выборе lex mercatoria в качестве права надлежащего для регулирования спора, применение такого права неоспоримое. Решение спора в силу соглашения сторон о применении lex mercatoria, является результатом понимания его договорной природы. Такой подход нашёл свое отражение в ряде решений международных арбитражей.[27]

В-вторых, если стороны вообще не договорили применимое право, некоторые авторы считают, что стороны имели в виду исключение применения национального права со стороны арбитража и применение автономного права. Мы считаем, что такой подход является необоснованным.

В-третьих, стороны могут предусмотреть применение национального права, с возможностью применения и lex mercatoria. Тогда деликатным появляется противоречие между национальным правом и источников lex mercatoria.

В-четвёртых, когда стороны или арбитры выбрали национальное право для урегулирования спора, lex mercatoria может сыграть суплеторную роль, т. е., оно может получить дополнительную функцию, как средство восполнения пробелов в национальном праве, и как инструмент его толкования.

Транснациональное частное право, или современная lex mercatoria, исчерпывает легитимность своего применения, в том числе и со стороны международных арбитражных органов, из государственного правопорядка, в котором оно и - применяется. Его корпус состоится из источников различного рода, а концепция о государстве как единому неизбежному фактору создания правовых источников, появлением новой lex mercatoria, подвергается серьезной проверке.

---

[24] A. Simović, Lex mercatoria kao izvor prava u arbitražnoj praksi, Arbitraža v mednarodnem poslovanju, Letnik II, Številka 1, marec 2013.

[25] Примером решения принятого исключительно только на основании принципа „добросовестности“ (lex mercatoria) является случай «*Riese, Rabels Z 29 (1965), at 66; but see ICC Award No. 5065, Clunet 1987, at 1039; Ad Hoc-Award of November 3, 1977, YCA 1082, at 77. Об этом см.: Filip De Ly: Uniform Commercial law and International Self – Regulation, The Unification of International Commercial Law: Tilburg lectures/ Franko Ferari (ed.) Auflage, 1998, p. 59;* См.: В. Стојиљковић, Међународно привредно право, Београд, 2003, С. 10.

[26] *Kranjc, Ali obstoja posebno pravo trgovcev - lex mercatoria,« Pravnik”, Ljubljana, 4-6, 1994, стр. 173.*

[27] Решение от 19 - 1 - 1977. и од 24 - 3 -1982 года в спорах иностраных инвеститоров против Либии и -Кувейта (*“Texaco c. Libye”, “Ammoil c. Koweit*”). См.: М. В. Шумилов, Международное экономическое право, Москва, 1999, С. 35.

Применение автономных источников права со стороны международного коммерческого арбитража, в качестве применимого к спору права, поставило вопрос относительно действительности и возможности исполнения подобных арбитражных решений. Судебная практика государственных судов придерживается позиции, на основании которой в силу принципа недопустимости пересмотра арбитражных решений по существу, решение не может быть отменено, а в его исполнении не может быть отказано только по мотивам применения арбитрами lex mercatoria. Другими словами, само по себе обращение арбитров к lex mercatoria не является основанием для применения оговорки о публичном порядке, пока не установлена возможность наступления в результате признания и приведения в исполнение арбитражного решения последствий, подрывающих основы публичного порядка.[28]

5. Вместо заключения

Можно сказать, что относительно lex mercatoria, и его применения в арбитражной практике, пока нет единства мнений.

Процесс утверждения правил автономного торгового права в международном торговом обороте все больше будет основанием расширения арбитражного способа разрешения споров и увеличения значения арбитражной практики. Она имеет эффект опорожнения в отношении национального законодательного потенциала и влияет на приватизацию нормотворческой деятельности государства. Арбитражная практика создает новые правила, которая по сути, сама по себе, представляют вид автономного источника права.

Начиная с серединой прошлого Века, многосторонние отношения (мультилатерализм) в креатуре источников регулирования МТО, становятся основным методом. Он опирается на источники права, которые имеют, не только мультилатеральный, но и наднациональный характер, с силой их непосредственного применения в национальных правовых системах. Мировое хозяйство больше не находится только в отношении межнациональной зависимости. Оно переживает фазу глубокого межнационального проникновения («интерговарментализм»).

Современные общественные факторы создания новых источников международного торгового права опираются на транснациональные рыночные структуры, которые имеют и свои регуляторные (“законодательные”) институции (*formulating agencies*).[29] Эти факторы являются отражением элитных торговых кругов, обозначенных как „меркатократия“ („*mercatocracy*“).[30] Их создают транснациональные компании и их ассоциации, эксперты и представители международных правительственных и неправительственных организаций. [31] Они вместе являются факторами

---

[28] О коллизии публичного и частного порядка см.: *A. J. Belohlavek, Arbitration, ordre public and criminal law, Volume I, Tom I, Kyiv, 2009, p. 61.*

[29] См.: *Philip Cerny, „The Changing Architecture of Politics: Structure, Agency and the Future of the State“, London, Sage, 1990, p. 230.*

[30] Термин „меркатократия“ взяли от: *Claire, Cutler, „Public Meets Private: The International Unification and Harmonisation of Private International Trade Law“, Global Society, Vo. 13, No. 1, 1999, C. 27.*

[31] Об этом: *John G. Ruggie, „Trade Protectionism and the Future of Welfare Capitalism“, Jorunal of International Affairs, Vol. 48, No. 1 (1994), p. 1-11.*

процессов унификации, гармонизации и глобализации международных торговых отношений. Все это может серьезно повлиять и на существующую практику международных арбитражных торговых центров на нашей Планете. В связи с этим, надо подчеркнуть, что национальные источники права, регулирующие международные торговые отношения, все больше подвергаются международному правовому режиму, который должен защищать, не только национальные, но и интересы международного рынка.[32]

Неолиберализм считает частное регулирование торговли наиболее прогрессивным методом для достижения международной конкурентоспособности.[33] Глобальный либеральный мир требует от государства стать «адаптером» отечественного хозяйства, чья структура послужит не только национальным потребностям, но и интересами международного рынка. Государство теряет свои традиционные черты бескомпромиссного «защитника» национального хозяйства от более конкурентоспособных иностранных актеров на национальном и на международном рынке. [34]

Имея в виду, что источники права в материально правовом смысле, связываются с общественными факторами и с причинами, из которых они происходят, задается вопрос – кто создает право международной торговли, включая правила для разрешения международных торговых споров. Традиционно, на уровне обществ, организованных в лице автохтонных государств, воля „правящего класса“ является материальным источником права. Когда речь идет о факторах, чья воля определяет создание источников права международного характера, ответ на тот вопрос оказывается более сложным. Движущей силой их создания является «международное сообщество», которое трудно точно определить. Оно воплощено в форме международных организаций универсального и регионального характера, а так же и в «мировом сообществе трейдеров». Все они решительно влияют и на создание источников права в формальном смысле, которые являются применимым правом, включая и процесс в ходе разбирательства арбитражных споров. Новой задачей, правового сообщества, кроме акцептации универсальных правовых норм, является и их единственное толкование на планетарном и национальном уровне, в ходе их применения в деловой и в арбитражной практике.

Организация Объединенных Наций, отдельной Резолюцией, оценила, что существование сравнительных различий в источниках национального характера является серьезным препятствием развитию международной торговли.[35] Следовательно, появился тренд унификации правовых источников, применяемых на регулирование отношений по международной торговле в национальных государственных системах.

---

[32] *Robert W. Cox, „Critical Political Economy“, у Björn Hettne (ed.), International Political Eco nomy: Understanding Global Disorder, Halifax: Fernwood Publishing, 1995, p. 39.*

[33] См.: *John G. Ruggie, „Trade Protectionism and the Future of Welfare Capitalism“, Jorunal of International Affairs, Vol. 48, No. 1 (1994),p. 1-11.*

[34] См.: *Robert W. Cox, „Critical Political Economy“, у Björn Hettne (ed.), International Political Eco nomy: Understanding Global Disorder, Halifax: Fernwood Publishing, 1995, p. 39.*

[35] Резолуция ООН 2102 (*XX*), 1965 *http://www.uncitral.org/pdf/russian/yearbooks/yb1968-70-r/vol1-p20-52-r.pdf.* См.: А. Голдштајн: Међународно трговачко право - Конвенције, правила, опћи увјети пословања", Загреб, 1970, С. *XI*. Об этом и: А. Ћирић, Међународно трговинско право, Ниш, 2012. С. 1-8.

Процесс унификации права международной торговли, медленно, но все более известно, приходит к единым решениям в связи многочисленных вопросов международных торговых отношениях. Этот процесс своей целью имеет предотвращение коллизии национальных законов, как и восстановление правовой предсказуемости и известности в нормировании международных торговых отношений. Задается вопрос, успевает ли система унифицированных национальных юридических норм антиципировать потребности международной торговли, особенно имея в виду требования процесса глобализации мирового рынка.

Каждое государство определяет национальные формальные правовые рамки осуществления внешнеторговой деятельности, а гармонизация и унификация источников права, регулирующих международные торговые отношения, обеспечивают субституцию применения национальных юридических норм.

Созданием универсальных и региональных автономных и унифицированных актов, договорные отношения из сферы международного делового оборота, постоянно комплектуются свое самостоятельное, и в отношении национального законодательства, параллельное существование. Таким образом, постепенно артикулируется международный функциональный эквивалент, как субститут облигационному и торговому праву традиционных национальных легислативов.

Мы считаем, что автономные торговые источники имеют важное место в коммерческом деловом обороте и в арбитражной практике. Они применяются благодаря толерантности государственного правопорядка, которую надо утверждать на основании обстоятельств каждого конкретного случая. Из анализа происходит, что автономное частное право, или современная lex mercatoria, исчерпывает легитимность своего применения, в том числе и со стороны международных арбитражных органов, из государственного правопорядка, в котором оно и - применяется.

О НЕОБХОДИМОСТИ ДЕФОРМАЛИЗАЦИИ ПОДХОДОВ К СПОСОБАМ ЗАЩИТЫ НАРУШЕННЫХ ПРАВ И ИНТЕРЕСОВ В АРБИТРАЖНОЙ И СУДЕБНОЙ ПРАКТИКЕ

Подцерковный О.П. (Украина)

Заведующий кафедры хозяйственного права
и процесса Национального университета
«Одесская юридическая академия»,
докт. юрид. наук, профессор,
член-корреспондент НАПрН Украины

Развитие учения о способах защиты нарушенных прав и интересов в международной арбитражной практике имеет, пожалуй, даже более важное значение, чем в сфере государственного судопроизводства национального порядка. Происходит это потому, что международный характер арбитражного (третейского) судопроизводства объективно, несмотря на наличие всевозможных правил определения применимого права, тяготеет к выбору таких эффективных форм и способов защиты, которые в общем международном экономическим правовом поле являются понятными, достаточными и адекватными существующему уровню понимания правовых механизмов защиты прав человека, прав предпринимателя и порядка видения бизнеса. Иными словами, способы защиты в арбитражной практике не могут входить в явное и непримиримое противоречие как с национальными, так и с устоявшимися в мировой арбитражной практике подходами. Иначе такое решение будет отторгаться как национальными, так и международными правовыми институтами, заключая в себе заведомое бессилие и напрасность арбитражной юрисдикционной формы.

В этом контексте можно говорить о том, что понимание объема и состава способов защиты нарушенных прав с необходимостью должно двигаться в сторону права справедливости и учета всей полноты восстановительных механизмов частноправового регулирования.

В национальных правовых системах государств бывших республик Союза ССР превалирует подход, согласно которому решение проблем способов защиты нарушенных прав должно идти в сторону расширения и уточнения таких способов в законодательстве. То есть роль суда в определении способов такой защиты признается достаточно второстепенной. Например, в Российской Федерации проблемы способов защиты нарушенных прав на недвижимость усматривается разрешать ведущими специалистами путем «модификации системы способов защиты прав … в направлении дифференциации ее элементов, т.е. нормативного закрепления новых способов защиты, а также некоторой детализации (развития) уже существующих»[1].

Аналогичные подходы распространены и в Украине.

---

[1] Петрушкин В.А. О системе способов защиты прав на недвижимость: некоторые проблемы судебно-арбитражной практики // http://faspo.arbitr.ru/node/14502

Подобный подход отражает прямые императивы национального законодательства, когда в ст. 16 Гражданского кодекса Украины и ст. 20 Хозяйственного кодекса Украины устанавливается перечень соответствующих способов защиты и уточняется, что «суд может защитить гражданское право или интерес иным способом, установленным договором или законом». Аналогичную норму можно найти. К примеру, в ст. 12 ГК Российской Федерации.

Это – не что иное, как проявление крайнего формализма в правовой системе, когда правовой режим защиты субъективных прав вроде бы законодателем и гарантирован, но введен в такие жесткие законодательные рамки, что порой не может быть реализован полной мерой.

Подобное явления можно соотнести с описанной В.И. Гойманом «випер-юридизацей» правопонимания[2], при которой государство воспринимается, по сути, единственным творцом права.

Фактически данная гиперюридизация означает недоверие законодателя к судебной ветви власти, когда суды считаются недостаточно свободными («неполноценными») в выборе способа восстановления нарушенного права, в действительности лишенными всего инструментария эффективной работы. Подобный подход, косвенно отражающийся и на арбитражной (третейской) системе, зачастую воспринимающей аналогичные подходы при применении национального права к спорным отношениям.

Однако, исчерпывающий перечень способов защиты нарушенного права не соответствует цели государственного обеспечения реальной защиты нарушенных прав, ведь законодатель апріорі не может предусмотреть все жизненные случаи нарушения прав и законних интересов участников имущественных отношений, характер и вредные последствия такого нарушения, чтобы установить для таких случав адекватне принудительные меры реагирования.

Такое положение вещей нельзя признать правильным хотя бы потому, что в результате, во многих случаях возникает ситуация, когда участники спорных отношений оказываются лишенными правовых инструментов, направленных на пресечение нарушения субъективных имущественных прав или устранения последствий их нарушения. Юрисдикционный орган отказывает в защите или применяет способ защиты, не являющийся полностью адекватным характеру правонарушения и его последствиям, недостаточно эффективный или несоизмеримый с правонарушением. То есть в данном случае препятствием к восстановления нарушенных прав и пресечению правонарушения становится сам закон, не детализирующий способы защиты нарушенного права или интереса.

Например, подобный негатив проявился в Украине в земельных спорах, хотя зачастую и неарбитрабельных, но демонстрирующих вредность концепции исчерпывающего законодательного определения способов защиты нарушенного права. В частности, показательной является проблема с защитой прав на определение границ земельных участков в случае, когда смежные землепользователи не могут согласовать их друг с другом. Законодательством способ защиты не определен. В одних решениях судов признавался недействительным отказ стороны в согласовании границ земельного участка, а также устанавливалась линия разграничения земельных участков. Затем эти решения отменялись. В

---

[2] Гойман В.И. Действие права (методологический анализ) – М.: Академия МВД, 1992. – С. 75 (182 с.)

других делах истец требовал ответчик не чинить препятствий в пользовании земельным участком, в частности согласовать техническую документацию по землеустройству относительно составления документа, удостоверяющего право на земельный участок, путем его подписания. Однако в удовлетворении иска было отказано со ссылкой на то , что действующим земельным законодательством не предусмотрена обязанность по предоставлению согласия в принудительном порядке на согласование границ земельного участка. В иных делах судами было вынесено решение, обязывающее ответчика согласовать и подписать Акт восстановления в натуре внешних границ земельного участка, что невозможно было принудительно исполнить. Наконец, в некоторых делах суды истолковали право органов власти решать споры об установлении границ земельных участков, которое впоследствии может быть обжаловано в судебные органы.[3]

Отсутствие способа защиты в данному случае приводит к существованию правонарушений, защиты от которых государством не предоставляется, что противоречит принципу верховенства права.

Поэтому для правового государства становится необходимым утверждение общих критериев допустимости способов защиты, а не установление жестких границ в их определении и применении.

На это указывает и опыт развитых стран. В частности перечень способов защиты нельзя найти ни в ГК Франции, ни в Гражданском уложении Германии.

В Англии действует два типа средств защиты (remedies) - денежные (или по другому - в форме взыскания убытков) и "справедливые " - которые не касаются направления денежных вопросов (например , запрет продавать , обязать что-либо сделать , изменить данные реестра кредиторов , обязать предоставить услугу и тд) .

В Англии есть общее правило – суд всегда будет присуждать денежные выплаты remedies, и только когда деньги не могут быть адекватным методом защиты прав (т.е. в исключительных случаях), будут отыскиваться другие средства (справедливые). Например, в случае попытки запретить публикацию новостей, которые нарушают репутацию предпринимателя, взыскание убытков не может восстановить нарушенное право. Ведь как только новости появятся, если публикация окажется неправдивой, денежная компенсация не исправит ситуацию, а потому нужны другие адекватные правонарушению меры защиты. Существуют сотни кейсов по этому поводу, по каждому виду справедливых мер защиты, но если их обобщить, то получится, что суд будет стараться как можно меньше нанести вред тому, против кого он выносит «справедливые » меры защиты .

Таким образом определены общие критерии судебной защиты, а не их строгий перечень, который не только может, но по своему характеру обязательно окажется несправедливым, ограниченным, и в конечном счете – неправовым.

Юридическая элита Украины, в том числе международный коммерческий арбитраж, должен ориентироваться на европейские ценности верховенства права, верить в право, а не становиться «рабами» закона, во многих случаях являющегося регрессом в развитии общественных отношений .

Первый задел в подобном движении вперед относительно пересмотра ущербного подхода к ограничению способов защиты имущественных прав

---

[3] См. подробнее: Подцерковний О.П. Способи захисту прав у земельних відносинах // Право України. – 2009. – № 9. – С. 34-39.

сделан Верховным Судом Украины в решении от 21 мая 2012 года. В частности указано, что законодательные ограничения материально - правовых способов защиты гражданского права или интереса подлежат применению с соблюдением положений ст . ст. 55 , 124 Конституции Украины и ст. 13 Конвенции о защите прав человека и основных свобод (далее - Конвенция), согласно которым каждый человек имеет право на эффективное средство правовой защиты, не запрещенное законом. Поскольку положения Конституции Украины и Конвенции имеют высшую юридическую силу, а ограничение материального права противоречат этому положению, нарушение гражданского права и гражданского интереса подлежат судебной защите и способом, не предусмотренным законом, в частности ст . 16 ГК Украины, но который является эффективным средством защиты, то есть таким, который соответствует содержанию нарушенного права, характера его нарушения и последствиям, вызванным этим нарушением.

При этом очевидно, что правовые механизмы не могут предполагать своеволие и анархию, которая в данном аспекте предполагает необходимость выработки четких рамок применения способов защиты нарушенных прав судами и арбитражами. Такие общие рамки призваны выступить не ограничителем, а своеобразным поводырем при реализации правоприменительной компетенции юрисдикционных органов относительно выбора справедливых способов защиты – эффективных, достаточных и адекватных правовых инструментов.

В последнем случае общие критерии применения способов защиты необходимы не только для внедрения непоименованных в законе, но необходимых для реальной защиты способов. Прежде всего такие критерии важны для правильной реализации установленных в законе способов защиты. Ведь способы защиты, поименованные в законе, как правило имеют достаточно широкую сферу действия, а потому само по себе их указание в законе вовсе не означает адекватность и допустимость их применения для защиты конкретно нарушенного права. Например, в ст. 16 ГК Украины называется такой способ защиты, как восстановление положения, существовавшего до правонарушения. Но ведь подобное восстановления само по себе требует определенных путей реализации. Мало в решении суда или арбитража указать, что стороны должны восстановить определенное правовое положение, но и нужно конкретизировать способ такого восстановления в виде конкретных обязательств, подверженных принудительному исполнению. Например, восстановление поврежденного имущества как способ защиты имеет для потерпевшего предпринимателя юридический интерес только в том случае, если порядок такого восстановления соответствует назначению вещи, не отражается на ее свойствах и коммерческой деятельности такого субъекта. Соответственно возникает необходимость в решении суда (арбитража) определить такой порядок.

В ряде случаев в литературе отмечается неадекватность применимых способов защиты, указанных в законе, характеру правонарушения. Например, М.А. Рожкова приводит пример способа защиты в виде истребованием имущества из чужого незаконного владения (ст. 301, 305 ГК РФ), который не может применяться «в том случае, если подрядчик, изготовивший на заказ вещь и передавший ее заказчику до окончания расчетов, решит истребовать изготовленную им вещь обратно». В то же время в качестве основания подобного несоответствия автор использует формальное, а не содержательное значение закона: «если законом не предусмотрено использование способа защиты права, который, по мнению

субъекта защиты, был бы действенным в его ситуации, такой способ защиты применяться не может»[4].

Из сказанного можно сделать вывод, в судебной и арбитражной практике должны найти полноценное признание общие критерии избрания способа защиты нарушенного права или законного интереса при выходе за пределы установленных в законе или договоре способов защиты. Среди таких общих критериев целесообразно определить следующие:

а) способ защиты должен обеспечивать реальную защиту нарушенного, оспоренного или непризнанного права;

б) способ защиты должен соответствовать совершенному правонарушению и быть соизмеримым с ним;

в) способ защиты должен применяться с учетом цели судебного разбирательства, пределов осуществления гражданских (хозяйственных) прав и необходимости дальнейшего выполнения принятого судом (арбитражем) решения;

г) способ защиты не должен противоречить общин началам соответствующего законодательства (гражданського, хозяйственного, земельного, международного и др.).

В контексте данных общих критериев оправданным становится не столько формулирование дозволенного перечня способа защиты нарушенных прав, сколько определение состава способов защиты, которые являются неприемлемыми в силу противоречия вышеуказанным общим критериям. По сути тем самым становится возможным реализовать дозволительный тип правового поведения, свойственный частноправовым, в том числе внешнеэкономическим отношениям.

---

[4] Рожкова М.А. Средства и способы правовой защиты сторон коммерческого спора. [электронный текст] - С. 163 // http://rozhkova.com/books_text/SSPZSKS.pdf

ИЗМЕНЕНИЯ В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН О МЕЖДУНАРОДНОМ КОММЕРЧЕСКОМ АРБИТРАЖЕ

Сулейменов М.К. (Республика Казахстан),

Директор НИИ частного права КОУ,
Председатель Казахстанского Международного Арбитража,
академик НАН РК, д.ю.н., профессор

Дуйсенова А.Е. (Республика Казахстан),

Исполнительный директор Казахстанского Международного Арбитража,
в.н.с. НИИ частного права КОУ, к.ю.н.

1. Введение

С принятием 28 декабря 2004 г. Законов Республики Казахстан «О международном коммерческом арбитраже» (далее – Закон об арбитраже) и «О внесении дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам деятельности третейских судов и арбитражей» в Казахстане наступил этап возрождения третейских судов и международных коммерческих арбитражей.

Очевидно, что сегодня отдельные положения законодательства нуждаются не только в теоретическом осмыслении, но и в непосредственной апробации практикой арбитражного разбирательства. С момента введения в действие Закона об арбитраже прошло не так много времени, но практика деятельности постоянно действующих (институциональных) арбитражей выявила достоинства и отдельные недостатки Закона, что должно позволить усовершенствовать его в такой степени, чтобы арбитражные суды Казахстана смогли занять достойное место в международной системе арбитражных судов.

За неполные девять лет, прошедших с момента введения в действие указанных Законов, изменения и дополнения в Закон об арбитраже вносились только дважды – Законом РК от 05.02.2010 г. № 249-IV ЗРК и Законом от 03.07.2013 г. № 125-V ЗРК.

Сегодня можно говорить о том, что законодательство об арбитраже в Казахстане находится на следующем этапе своего развития – этапе совершенствования.

Проект Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования деятельности арбитража и третейского суда», принятого03 июля 2013 года № 125-V ЗРК (далее – Закон о внесении изменений)[1],был подготовлен Министерством юстиции Республики Казахстан.

Казахстанский Международный Арбитраж (далее – КМА) принимал самое активное участие в его экспертизе, неоднократно предоставляя свои замечания и

[1]Закон Республики Казахстан от 0Зиюля 2013 г. № 125-V ЗРК «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования деятельности арбитража и третейского суда» // Казахстанская правда от 05 июля 2013 г. № 226 (27500).

предложения. Сразу же стоит отметить, что, к нашему сожалению, не все из них нашли отражение в Законе о внесении изменений. А между тем, отдельные его положения являются не только спорными, но порой и явно ошибочными.

Рассмотрим более подробно основные достоинства и недостатки Закона о внесении изменений, существующие в настоящее проблемы правового регулирования арбитражного разбирательства в Казахстане, а также пути их дальнейшего решения.

2. Достоинства Закона о внесении изменений

2.1. Изменения и дополнения в Гражданский процессуальный кодекс

Прежде всего надо сказать, что Закон о внесении изменений предусматривает целый ряд существенных изменений и дополнений в Гражданский процессуальный кодекс, направленных на дальнейшее усиление и укрепление системы арбитража:

- пункт 1 ст. 153 ГПК был дополнен подпунктом 3), согласно которому судья отказывает в принятии искового заявления, если имеется принятое по спору между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основаниям **решение арбитража** или третейского суда и об этом стало известно суду;
- подпункт 5) п. 1 ст. 154 ГПК был изложен в новой редакции, предусматривающей, что судья возвращает исковое заявление, если в производстве этого же или другого суда либо **арбитража** или третейского суда имеется дело по спору между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основаниям;
- статья 247 ГПК была дополнена подпунктом 2-1), в соответствии с которым суд прекращает производство по делу, если имеется принятое по спору между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основаниям **решение арбитража** или третейского суда;
- подпункт 4) ст. 249 ГПК был изложен в новой редакции, предусматривающей, что суд оставляет заявление без рассмотрения, если в производстве этого или другого суда либо **арбитража** или третейского суда имеется возбужденное ранее дело по спору между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основаниям.

Отдельно следует отметить изменения в положения о принудительном исполнении арбитражных решений. Так, в настоящее время в соответствии со ст. 425-1 ГПК в случае, если решение арбитража не исполнено добровольно в установленный в нем срок, сторона арбитражного разбирательства, в пользу которой вынесено решение арбитража (взыскатель), вправе обратиться с заявлением о принудительном исполнении решения арбитража в суд по месту рассмотрения спора арбитражем (*как это было ранее*) либо по **месту жительства должника или по месту нахождения органа юридического лица, если место жительства или место нахождения неизвестно, то по месту нахождения имущества должника**.

Возможность обращения в суд по месту жительства должника или по месту нахождения органа юридического лица или по месту нахождения имущества должника существенно облегчает процедуру принудительного исполнения решения арбитража, что очень удобно в том случае, когда, например, спор был рассмотрен арбитражем в одном городе, а истец и ответчик находятся в других городах Казахстана. Ведь, не секрет, что наиболее крупные из действующих арбитражей сегодня находятся в основном в г. Алматы. И практика КМА показывает, что в последние годы «география» спорящих сторон неуклонно расширяется.

Много споров вызвали при обсуждении проекта Закона о внесении изменений дополнения п. 1 ст. 154 ГПК подпунктом 5), а также новая редакция подпункта 5) ст. 249 ГПК.

В соответствии с подпунктом 5) п. 1 ст. 154 ГПК судья возвращает исковое заявление, если между сторонами в соответствии с законом заключено соглашение о передаче данного спора на разрешение арбитража или третейского суда, если иное не предусмотрено законодательными актами Республики Казахстан.

Согласно подпункту 5) ст. 249 ГПК суд оставляет заявление без рассмотрения, если между сторонами в соответствии с законом заключено соглашение о передаче данного спора на разрешение арбитража или третейского суда, если иное не предусмотрено законодательными актами Республики Казахстан.

В проекте Закона о внесении изменений в подпункте 5) п. 1 ст. 154 и подпункте 5) ст. 249 ГПК в первоначальной редакции отсутствовала формулировка «если иное не предусмотрено законодательными актами Республики Казахстан». При экспертизе проекта Закона мы обращали внимание на достаточно спорный характер таких предложений, поскольку они могли создать основания для невозможности рассмотрения спора в случае патологической арбитражной оговорки, когда арбитражная оговорка недействительна или арбитражное соглашение является незаключенным. Это может быть, например, в случае неполной оговорки, не позволяющей передать спор на рассмотрение арбитражу, когда невозможно определить, в какой арбитраж стороны договорились передать спор, неправильное наименование постоянно действующего, невозможность определения того, по каким правилам или регламенту должен рассматриваться спор и т.д.

В случае принятия указанных предложений невозможно было бы подать иск в суд, так как он должен был бы вернуть его в императивном порядке, а в арбитраже рассмотреть спор было бы невозможно в связи с патологичностью оговорки.

Наши замечания были учтены и указанные нормы были дополнены оговоркой «если иное не предусмотрено законодательными актами Республики Казахстан».

Таким образом, подпункт 5) п. 1 ст. 154 ГПК и подпункт 5) ст. 249 ГПК следует толковать с учетом положений п. 1 ст. 6-1 Закона об арбитраже. Иными словами, судья возвращает исковое заявление, если между сторонами в соответствии с законом заключено соглашение о передаче данного спора на разрешение арбитража или третейского суда, если не найдет, что арбитражное (третейское) соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено.

2.1. Изменения и дополнения в Гражданский кодекс

Среди прочих уточнений редакционного характера, предусмотренных Законом о внесении изменений, стоит отметить изменения, внесенные в п. 1 ст. 9 ГК. До принятия Закона о внесении изменений в п. 1 ст. 9 ГК было закреплено положение о том, что: «Защита гражданских прав осуществляется судом, арбитражным судом или третейским судом ...». Однако такая формулировка была неточной, поскольку в Казахстане нет государственных арбитражных судов, они давно ликвидированы. Все суды входят в систему Верховного суда, а на областном уровне – областных судов. Правда, есть специализированные межрайонные экономические суды (СМЭС), однако они входят в общую систему областных судов. Законом о внесении изменений такая неточность была

устранена. Теперь п. 1 ст. 9 ГК предусматривает, что «Защита гражданских прав осуществляется судом, арбитражем или третейским судом …».

Пожалуй, на этом все несомненные достоинства Закона о внесении изменений и заканчиваются.

3. Недостатки Закона о внесении изменений

Положение, с которым категорически нельзя согласиться, это замена термина «международный коммерческий арбитраж» на термин «международный арбитраж». По своей нелепости эти изменения превосходят многие несуразности, допущенные в наших законах. Вместо того, чтобы всячески отграничивать международный коммерческий арбитраж, призванный решать частные споры, от международного публичного арбитража, призванного решать споры между государствами, наши доблестные законодатели эту разницу всячески стирают. Сколько мы бумаги исписали и выступлений сделали, чтобы объяснить эту нелепость и Министерству юстиции, и депутатам, но все бесполезно. Главное, мы до сих пор не можем понять, зачем это было сделано.

При подготовке проекта Закона о внесении изменений его разработчики обосновывали такое предложение тем, что арбитраж будет рассматривать споры как имущественного, так и неимущественного характера.

Однако такое решение вопроса мы считаем крупной, ни на чем неоснованной ошибкой. Во всем мире термин «международный арбитраж» применяется к органу, рассматривающему споры между государствами, а термин «международный коммерческий арбитраж» – к гражданско-правовым спорам. Название Закона «О международном арбитраже» вызовет непонимание и недоумение.

Международный коммерческий арбитраж может рассматривать споры как имущественного, так и неимущественного характера. И в Казахстанском Международном Арбитраже неоднократно рассматривались споры неимущественного характера как в порядке арбитражного, так и в порядке третейского разбирательства.

Поскольку заменили термин, то из ст. 2 Закона об арбитраже исключили подпункт 9), содержащий определение коммерческой организации, а из п. 4 ст. 6 Закона – упоминание о коммерческих и иных организациях. И сделали это совершенно зря, видимо, не зная международного частного права.

Дело в том, что под коммерческими организациями в соответствии с подпунктом 9) ст. 2 Закона о международном коммерческом арбитраже понималось юридическое лицо Республики Казахстан или иностранная организация, основной целью которой является извлечение дохода. Объяснение тому, почему ранее в Законе выделялась отдельно от юридического лица иностранная организация, заключается в том, что в ряде стран допускается участие в гражданском обороте организаций, которые не являются юридическими лицами (например, полное товарищество (partnership) в Великобритании).

В соответствии с п. 3 ст. 1101 ГК РК гражданская правоспособность иностранных организаций, не являющихся юридическим лицом по иностранному праву, определяется по праву страны, где организация учреждена. К деятельности таких организаций, если применимым является право Республики Казахстан, применяются правила Гражданского кодекса, которые регулируют деятельность лиц, являющихся коммерческими организациями, если иное не вытекает из законодательства Республики Казахстан или существа обязательства.

Исходя из этого, можно было дать такое толкование п. 4 ст. 6 Закона о международном коммерческом арбитраже: сторонами спора могут быть физические и юридические лица, а также те организации из числа нерезидентов, которые не являются юридическими лицами, но к которым применяются положения Гражданского кодекса о коммерческих организациях.

Внося такие изменения, разработчики Закона пытались расширить компетенцию международных коммерческих арбитражей до рассмотрения споров неимущественного характера, а в итоге получили полную юридическую несуразицу.

4. Спорные положения Закона о внесении изменений

Несмотря на отдельные достоинства Закона о внесении изменений, следует отметить, что отдельные из его новелл имеют дискуссионный характер.

4.1. Расширение компетенции международных арбитражей

Что касается расширения компетенции международных арбитражей, то, пожалуй, самым существенным изменением следует признать снятие ограничений компетенции путем ее расширения до возможности рассмотрения арбитражами споров, возникающих не только из гражданско-правовых договоров, но и из гражданских правоотношений в целом (за некоторыми изъятиями).

Так, в настоящее время в соответствии с п. 4 ст. 6 Закона об арбитраже в арбитраж по соглашению сторон могут передаваться споры, вытекающие из гражданско-правовых отношений, между физическими и (или) юридическими лицами, если хотя бы одна из сторон является нерезидентом Республики Казахстан. При этом согласно п. 8 этой же статьи арбитраж не вправе рассматривать споры, возникающие из личных неимущественных отношений, не связанных с имущественными, связанные с жизнью и здоровьем, неприкосновенностью частной жизни, личной и семейной тайной, правом на имя человека.

При экспертизе проекта Закона о внесении изменений мы неоднократно говорили о том, что к нормам о расширении компетенции надо относиться с осторожностью. С одной стороны, существовавшие ограничения полномочий арбитражей рассмотрением лишь договорных споров (т.е. споров, возникающих из гражданско-правовых договоров) можно было назвать необоснованными. Для сравнения необходимо отметить, что подобного ограничения нет в законодательстве стран СНГ.

Однако, с другой стороны, с расширением компетенции арбитражей в Казахстане возникнет проблема прежде всего с арбитрабельностью двух категорий споров:

1) споров, связанных с правом собственности, в частности на недвижимое имущество;

2) споров, вытекающих из корпоративных правоотношений.

Что касается первой категории споров, то могут возникнуть проблемы, которые есть сейчас в России и Украине, где с помощью арбитража проводятся рейдерские захваты. Создается разовый арбитраж, выносится решение о признании права собственности на какой-либо объект, быстренько проводится исполнение через суд, и все, объект захвачен.

И если с принятием Постановления Конституционного суда РФ от 26.05.2011 № 10-п[2] в России окончательно была разрешена многолетняя проблема с арбитрабельностью споров о недвижимости, то сейчас основные проблемы у них возникли с арбитрабельностью корпоративных споров[3].

Для того, чтобы ответить на вопрос о том, могут ли корпоративные споры быть предметом разбирательства в арбитраже, надо прежде всего выяснить какова природа корпоративных отношений и их соотношение с гражданско-правовыми отношениями.

Вопросы корпоративных правоотношений и корпоративного права превратились к настоящему времени в одну из самых сложных, и в то же время в одну из наименее разработанных и наиболее спорных проблем гражданского права. Сложность проблемы заключается еще и в том, что в исследованиях корпоративных отношений перекрещиваются интересы самых различных отраслей права, прежде всего, гражданского, административного и трудового.

В мае этого года НИИ частного права в рамках ежегодных цивилистических чтений провел специальную конференцию на тему «Гражданское право и корпоративные правоотношения». По итогам конференции будет издан отельный сборник с докладами участников из разных стран, где довольно подробно будут раскрыты основные проблемы, связанные с корпоративными правоотношениями.

В определении содержания и объема корпоративных отношений в литературе наблюдается значительный разнобой. Существуют десятки определений корпоративных отношений и корпоративного права.

Вместе с тем все многообразие определений можно, на наш взгляд, свести к трем группам:

1) это внутренние отношения в корпоративной организации;

2) это не только внутренние отношения, но и внешние отношения, связанные с деятельностью корпорации как юридического лица;

3) это отношения, направленные на достижение общих целей, то есть отношения в корпоративных организациях и отношения общей собственности и др.

На наш взгляд, корпоративные отношения – это часть внутренних отношений юридического лица, являющегося корпоративной организацией, и связанные с участием в корпоративных организациях или с управлением ими.

Правовая природа корпоративных отношений вызывает споры. Иногда пытаются отнести их к административным отношениям[4] или предпринимательским[5].

---

[2] Постановление Конституционного суда РФ от 26.05.2011 № 10-п «По делу о проверке конституционности положений пункта 1 статьи 11 Гражданского Кодекса Российской Федерации, пункта 2 статьи 1 федерального закона «О третейских судах в Российской Федерации», статьи 28 федерального закона «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним», пункта 1 статьи 33 и статьи 51 федерального закона «Об ипотеке (залоге недвижимости)» // http://www.artiks.ru/cons/2011/revi0620.htm

[3] См.: Арбитрабельность: акции сменили недвижимость http://zakon.ru/Blogs/OneBlog/1808; Новости международного коммерческого арбитражного суда http://www.artiks.ru/cons/2011/revi0620.htm.

[4] В частности, утверждается, что отношения между корпорацией и ее членами строятся в соответствии с моделью власти – подчинения (См., например: Петражицкий Л.И. Акции. Биржевая игра и теория экономических кризисов. Т.1. Спб., 1911. С. 26; Каминка А.И. Очерки торгового права. М., 2002. С. 395-396; Предпринимательское право: Учебник / Под. ред. Е.П. Губина, П.Г. Лахно. – М., 2003. С 50-51).

Что касается отнесения корпоративных отношений к предпринимательским, то это простое сотрясение воздуха. Это не ответ на вопрос.

Все равно после этого встает вопрос о правовой природе этих отношений. Какие они – горизонтальные или вертикальные? Гражданско-правовые или административно-правовые?

Этот вопрос решается очень просто – на основе метода правового регулирования. Если между участниками существуют горизонтальные отношения, основанные на равенстве участников, то это гражданско-правовые отношения. Если между участниками существуют вертикальные отношения, основанные на методе власти – подчинения, то это административные правоотношения.

Отношения между учредителями (участниками) – однозначно гражданско-правовые. Отношения по управлению корпоративными организациями, на первый взгляд, относятся к административным, но это не так. Отношения между органами юридического лица и учредителями (участниками) трудно отнести к отношениям, основанным на власти – подчинении[6].

Таким образом, корпоративные правоотношения можно определить как внутриорганизационные (часть их) гражданско-правовые отношения, связанные с участием в корпоративных организациях или с управлением ими, между 1) учредителями (участниками) корпоративной организации, и 2) между корпоративной организацией и ее учредителями (участниками).

Корпоративные отношения – это не обязательства, а относительные отношения (имущественные, неимущественные, организационные).

Поскольку корпоративные отношения – это гражданско-правовые отношения, то и споры, вытекающие из корпоративных правоотношений, могут быть предметом третейского (арбитражного) разбирательства.

Вместе с тем при рассмотрении отдельных категорий корпоративных споров могут затрагиваться права и интересы третьих лиц. Например, корпоративный спор, связанный с принадлежностью акций АО и реализацией вытекающего из него права на голосование. Между акционером и самим АО может быть заключено арбитражное соглашение о передаче такого спора в арбитраж. Однако решение вопроса о том, обладает ли акционер правом голосования на общем собрании или не обладает таковым правом, непосредственно затрагивает права иных акционеров, поскольку изменяет пропорции голосов при голосовании на общем собрании. Все остальные акционеры заинтересованы в последствиях разрешения этого спора. Однако если соглашение заключено без их участия, то они лишены права участия в арбитраже[7]. Очевидно, что в таком случае спор не может быть рассмотрен арбитражем.

Учитывая то, что третьи лица Законом об арбитраже и ГПК наделены правом обжалования арбитражных решений, можно предположить, что рассмотрение арбитражами отдельных категорий корпоративных споров может столкнуться с реальными проблемами.

---

[5] См., например: Кашанина Т.В. Корпоративное право: Учебник. М., 2006. С. 50-63; Корпоративное право: Учебный курс: учебник / Отв. ред. И.С. Шиткина. М.: КНОРУС, 2011. С. 101.

[6] См. об этом: Ломакин Д.В. Корпоративные правоотношения: общая теория и практика ее применения в хозяйственных отношениях. М.: Статут, 2008. С. 99-102.

[7] Подробнее см.: Скворцов О.Ю. Третейское разбирательство предпринимательских споров в России: проблемы, тенденции, перспективы. Москва: ВолтерсКлувер, 2005. С. 408-409.

При заключении арбитражного соглашения, а также при непосредственном рассмотрении корпоративных споров арбитражами можно порекомендовать сторонам и арбитражным институтам быть особенно внимательными к проблемам третьих лиц.

4.2. Изменения и дополнения в Гражданский процессуальный кодекс

При внесении изменений и дополнений в ГПК вновь не было учтено то обстоятельство, что в Казахстане не существует отдельно третейских судов и арбитражей (третейский суд и арбитраж – это, по сути, одно и то же). Так, например, согласно п. 3 ст. 331-2 ГПК при рассмотрении дела (*заявления об обжаловании*) суд устанавливает наличие или отсутствие оснований для отмены решения третейского суда, предусмотренных законами Республики Казахстан, путем исследования представленных в суд доказательств в обоснование заявленных требований и возражений.

А, в соответствии с п. 2 ст. 426-1 ГПК при подготовке дела (*по ходатайству об отмене*) к судебному разбирательству по ходатайству одной из сторон арбитражного разбирательства судья может истребовать материалы дела из арбитража либо из соответствующего суда первой инстанции по правилам, предусмотренным настоящим Кодексом, для истребования доказательств.

То есть, например, если будет обжаловаться решение, вынесенное Казахстанским Международным Арбитражем, то судья компетентного суда может истребовать материалы дела из КМА только при проведении арбитражного разбирательства. Если же решение было вынесено КМА по спору, рассмотренному в порядке третейского разбирательства, то судья истребовать материалы по такому делу не вправе, а должен установить наличие или отсутствие оснований для отмены решения путем исследования тех доказательств в обоснование заявленных требований и возражений, которые были представлены ему сторонами.

Процедуры рассмотрения споров должны быть одинаковы и в третейском суде, и в арбитраже, поэтому первоначально при работе над проектами Законов о третейских судах и о международном коммерческом арбитраже мы пытались сделать один Закон, но по разным причинам не получилось.

Как показывает опыт стран СНГ, в отличие от международной практики, законодатель в этих странах пошел по пути принятия двух различных законов для третейского и арбитражного разбирательства. Мы считаем, что в перспективе в Казахстане вполне возможно и целесообразно будет принятие единого Закона.

5. Предложения КМА по совершенствованию законодательства об арбитраже

Казахстанский Международный Арбитраж неоднократно подавал свои предложения по совершенствованию деятельности арбитражей, но не все из них нашли отражение в принятом Законе о внесении изменений.

На наш взгляд, для того, чтобы арбитраж мог успешно развиваться, следует законодательно решить проблемы, которые не были решены Законом о внесении изменений.

5.1. Обжалование арбитражных решений

Проблематичным в Казахстане является вопрос о **субъектах обжалования решений арбитражей, а именно о третьих лицах**. Если раньше в ст. 31 Закона

о международном коммерческом арбитраже об этом вообще ничего не говорилось (так как совершенно очевидно, что такими субъектами могут быть только стороны, и никто иной), то Законом о внесении изменений эта статья была дополнена указанием на то, что решение арбитража может быть также обжаловано третьими лицами, права и обязанности которых были затронуты.

Как известно, обращение к арбитражному разбирательству является одним из способов защиты гражданских прав и возможно лишь при наличии должным образом заключенного между сторонами арбитражного соглашения, являющегося по своей правовой природе гражданско-правовым договором.

Согласно п. 2 ст. 2 ГК граждане и юридические лица приобретают и осуществляют свои гражданские права своей волей и в своих интересах. Они свободны в установлении своих прав и обязанностей на основе договора и в определении любых не противоречащих законодательству условий договора. При этом в силу п. 1 ст. 8 ГК граждане и юридические лица по своему усмотрению распоряжаются принадлежащими им гражданскими правами, в том числе правом на их защиту. Таким образом, инициатором арбитражного разбирательства могут быть исключительно стороны арбитражной оговорки.

В соответствии со ст. 426-1 ГПК ходатайство об отмене решения арбитража может быть подано сторонами арбитражного разбирательства, **третьими лицами,** не привлеченными к участию в деле, но в отношении прав и обязанностей которых арбитраж принял решение, в течение трех месяцев со дня получения копии арбитражного решения.

При этом Законом о внесении изменений п. 1 ст. 426-2 ГПК был дополнен положениями о том, что судья при подаче жалобы третьим лицом имеет право продлить производство по делу в случае необходимости представления дополнительных доказательств на срок до тридцати дней.

Нормы о возможности обжалования решений арбитражей третьими лицами неоднократно подвергались справедливой и обоснованной критике, поскольку решение арбитража обязательно только для сторон и ни в каком случае не может затронуть третих лиц. С какой стати третье лицо, не участвовавшее в арбитражном разбирательстве, вдруг получает право на обжалование решения арбитража и таким образом вмешивается в отношения двух сторон? Данная формула несет в себе большой риск для деятельности арбитражей в Казахстане, поскольку она создает предпосылки для обжалования решения **практически любым лицом.**

Так, например, судебной практике известны случаи, когда учредитель (участник) одного из юридических лиц пытался обжаловать решение арбитража как третье лицо, права которого, по его мнению, были затронуты решением, вынесенным арбитражем по спору между двумя юридическими лицами. Или, например, супруг или супруга одной из сторон спора, возникшего из договора между двумя физическими лицами, также предпринимали попытки обжаловать решение как третье лицо.

В связи с этим необходимо было исключить из Гражданского процессуального кодекса, а также Закона об арбитраже возможность обжалования третьими лицами арбитражных решений.

5.2. Участие адвокатов в рассмотрении спора в качестве арбитров

В ст. 7 Закона об арбитраже названы основные требования, предъявляемые к арбитрам. При этом п. 4 ст. 7 Закона содержат исчерпывающий перечень лиц,

которые не вправе быть арбитрами. Все эти требования учитываются арбитражами при формировании состава арбитража. Между тем на практике зачастую возникают спорные ситуации, связанные с возможностью участия адвокатов в рассмотрении спора в качестве арбитра.

Дело в том, что, с одной стороны, Закон об арбитраже не содержит прямого запрета на избрание адвокатов в качестве арбитров. Но, с другой стороны, в соответствии с п. 6 ст. 15 Закона Республики Казахстан от 05 декабря 1997 года «Об адвокатской деятельности» адвокату запрещается состоять на государственной службе и заниматься предпринимательской деятельностью, занимать иную оплачиваемую должность, кроме преподавательской, научной или творческой деятельности. Иными словами, Закон об адвокатской деятельности не содержит прямого разрешения для адвокатов выступать в качестве арбитра при рассмотрении спора в арбитраже.

Такая законодательная неурегулированность возможности адвокатов выступать в качестве арбитров потенциально несет в себе риск обжалования компетентным государственным судом решений, вынесенных составом арбитров с участием адвокатов.

В соответствии с Законом о внесении изменений (см. подпункт 5) п. 1 ст. 4 Закона об адвокатской деятельности) к видам юридической помощи, оказываемой адвокатами, была также отнесена возможность адвокатов участвовать в качестве представителя доверителя при проведении медиации, в разбирательстве дел в арбитраже, третейском суде и иных органах разрешения споров.

Таким образом, возможность участия адвокатов в качестве представителя доверителя в разбирательстве дел в арбитраже прямо предусмотрена Законом, а возможность участия адвокатов в качестве арбитра, нет. При этом прямой запрет на это Закон о международном коммерческом арбитраже не содержит.

Для дальнейшего успешного развития арбитража в Казахстане необходимо дополнить п. 6 ст. 15 Закона об адвокатской деятельности возможностью адвокатов выступать в качестве арбитра при рассмотрении спора в арбитраже.

6. Международный центр арбитража в рамках Таможенного союза: проблемы и перспективы создания и развития

В настоящее время в Евразийской экономической комиссии активно обсуждается проект по созданию Международного центра арбитража при Таможенном союзе (далее – Центр ТС).

6.1. Правовая природа

При определении целесообразности создания Международного центра арбитража необходимо исходить из того, что речь идет об арбитраже (третейском суде), то есть негосударственном органе рассмотрения споров, создаваемом самими сторонами. Это относится к составу третейского суда по конкретному спору из числа арбитров Международного центра арбитража.

Сам Центр будет выступать как институциональный арбитражный орган, созданный для организации альтернативного разрешения коммерческих споров.

Необходимо также отличать коммерческий арбитраж от арбитража, создаваемого для рассмотрения споров между государствами. Это не всегда просто, ибо и в том, и в другом случае речь идет об арбитраже или арбитражном суде.

При создании Арбитражного центра необходимо иметь в виду, что он будет действовать наряду с Судом ЕврАзЭс.

Суд Евразийского экономического сообщества (далее – ЕврАзЭс, Сообщество) был создан в соответствии со ст. ст. 3 и 8 Договора об учреждении Евразийского экономического сообщества от 10 октября 2000 г. Согласно положениям данных статей Суд ЕврАзЭс (далее – Суд) является одним из органов Сообщества и призван обеспечивать единообразное применение международных договоров, заключаемых в рамках ЕврАзЭС. Одной из целей создания Суда является разрешение споров экономического характера, возникающих между членами ЕврАзЭС по вопросам реализации решений органов Сообщества и положений договоров, действующих в его рамках.

Напомним, что до недавнего времени функции суда (с 2004 г.) исполнял Экономический Суд СНГ. Только с января 2012г. Суд начал работать в г. Минске как самостоятельная единица.

Поскольку тремя сторонами из состава ЕврАзЭС был создан Таможенный союз (далее – ТС), было решено расширить компетенцию Суда и наделить его полномочиями по разрешению споров, возникших в рамках ТС. С этой целью в 2007 г. в Договор об учреждении Евразийского экономического сообщества были внесены соответствующие изменения. Однако положение Статута Суда также требовали пересмотра. Решением Межгоссовета ЕврАзЭС от 27.11.2009 г. № 457 «О вводе в действие Статута Суда Евразийского экономического сообщества» было установлено: наделить Суд функциями органа по разрешению споров в рамках ТС и ввести в действие Статут Суда до 1 июля 2010 г.

Суд ЕврАзЭс решает публичные споры, в том числе жалобы на акты или действия Комиссии Таможенного союза.

Международный центр арбитража будет рассматривать частные коммерческие споры между физическими и юридическими лицами или этих лиц с государством по коммерческим договорам.

6.2. Международный опыт

Международные коммерческие арбитражи можно разделить на две группы:

1) международные коммерческие арбитражи, созданные в конкретном государстве и действующие на основе законодательства этого государства (их часто называют «иностранные арбитражи», так как для субъектов других государств они действительно выступают как иностранные). Наиболее известные из них: Лондонский международный третейский суд, Арбитражный институт при Торговой палате г. Стокгольма, Международный центр разрешения споров Американской арбитражной ассоциации и другие. В России это Международный коммерческий арбитражный суд при ТПП РФ, в Казахстане – Казахстанский Международный Арбитраж (КМА), Международный третейский суд «IUS» и другие;

2) Международные центры по разрешению международных коммерческих споров.

Эти центры не привязаны к определенному государству. Они создаются:

а) или ассоциациями организаций различных стран (Международный арбитражный суд Международной торговой палаты),

б) или международными организациями (Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС или ICSID), созданный под эгидой Международного банка реконструкции и развития; Центр арбитража и

медиации Всемирной организации интеллектуальной собственности; Каирский региональный центр международного коммерческого арбитража),

в) или государствами (Общий суд правосудия и арбитража, созданный на основе Договора ОХАДА (Организация гармонизации коммерческого права в Африке) от 17 октября 1993 г.; Центр коммерческого арбитража арабских государств, созданный на основе Конвенции арабских государств о коммерческом арбитраже (Амманская конвенция, 14 апреля 1987 года); Международный центр по урегулированию споров при Экономическом Суде СНГ (МЦУС).

6.3. Проект концепции создания Третейского суда в рамках Таможенного союза

Проект концепции создания Третейского суда в рамках Таможенного союза (далее – Концепция) был разработан по поручению Президента РФ от 22 декабря 2012 года № Пр-3410 и поручению Председателя Правительства РФ от 28 декабря 2012 года № ДМ-П13-8043 Минюсту РФ совместно с Минэкономразвития РФ. Данный проект в настоящее время рассматривается в Евразийской экономической комиссии.

В соответствии с Концепцией предполагается создание Международного центра арбитража Таможенного союза.

6.4. Перспективы создания

Тот факт, что в мире существует только три межгосударственных Центра коммерческого арбитража, не может не настораживать. Да и эффективность этих Центров не слишком велика. Во всяком случае, об их деятельности конкретных сведений найти не удалось.

Поэтому целесообразность создания Центра ТС представляется сомнительной.

Эти сомнения еще больше усиливаются при изучении предлагаемого Концепцией порядка создания Центра ТС.

Центр ТС предлагается создать в РФ в соответствии с Законом РФ от 7 июля 1993 года № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже». Предполагается, что Центр ТС будет создан при некоммерческой организации, которая будет учреждена тремя биржами государств-членов ТС, например: Московской биржей, Белорусской валютно-фондовой биржей и Казахстанской фондовой биржей. Некоммерческая организация, при которой будет создан Центр ТС, может быть учреждена в следующей организационно-правовой форме – фонд.

Такой суд мало похож на международный. Центр создается при некоммерческом партнерстве в форме фонда, созданного биржами, по законодательству РФ в Москве. Финансирование Центра ТС производится этой некоммерческой организацией.

Международный договор предполагается заключить, но только для предоставления Центру каких-то мифических преимуществ.

Это не международный центр. Это еще один третейский суд Российской Федерации, действующий по ее законам и регистрируемый органами РФ.

Россияне пытаются построить Центр ТС по модели Международного центра при Экономическом Суде СНГ, который уже доказал свою неэффективность. Причем он там при Экономическом Суде, то есть все-таки международного органа, а здесь вообще при некоммерческом партнерстве, созданном частными организациями – биржами.

На наш взгляд, надо воспользоваться опытом создания Центра коммерческого арбитража арабских государств.

Центр является независимым юридическим лицом, которое административно и финансово связано с Генеральным секретариатом Совета Министров юстиции арабских государств.

По Концепции формирование органов управления Центром ТС никаким образом не зависит от государств Таможенного союза, все решает некоммерческая организация. Вряд ли это правильно.

Центр должен быть независимой организацией, созданной государствами-членами ТС и подчиняться только Совету Министров ТС. Все вопросы создания и компетенции Центра ТС должны решаться в международном договоре – Конвенции государств-членов Таможенного союза о Международном центре коммерческого арбитража Таможенного союза.

6.5. Компетенция арбитражного центра

По Амманской конвенции (ст. 2) в рамках Конвенции рассматриваются коммерческие споры с обязательным участием одного из Договаривающихся государств, одного из его граждан или инкорпорированных на его территории юридических лиц, имеющих штаб-квартиру на территории такого государства.

Это не совсем правильно. Нельзя ограничивать компетенцию арбитражного центра только субъектами Таможенного союза. Могут возникнуть ситуации, когда в арбитражный центр захотят обратиться субъекты, находящиеся за пределами Таможенного союза (например, если спор возникнет по поводу имущества, находящегося в одном из государств Таможенного союза).

Другие арбитражные центры, устанавливающие ограниченный круг участников спора, вынуждены были расширять его.

Например, ЦентрICSID вначале ограничивал круг субъектов, могущих обратится в Центр, только участниками Конвенции ICSID. Однако затем он столкнулся с необходимостью расширения этого круга.

Чтобы расширить юрисдикцию Центра, в 1978 году им были приняты Правила о дополнительных средствах механизма разрешения спора и процедуры по установлению фактов. Эти Правила делают возможным или арбитражное рассмотрение, или применение примирительной процедуры для предусмотренных Конвенцией споров между государствами и иностранными инвесторами, в частности споров с участием стороны, не являющейся или не относящейся к государству, подписавшему Вашингтонскую конвенцию, или споров, непосредственно не связанных с инвестициями.

Такие же изменения происходят и в других международных арбитражных центрах.

В частности, вначале в компетенцию суда ЕврАзЭс входило рассмотрение споров только между государствами-членами ЕврАзЭс. Однако в 2010 году компетенция была расширена: вначале дано право рассматривать дела по заявлению хозяйствующих субъектов государств-участников Таможенного союза (5 июля 2010 г.), затем по заявлению любого хозяйствующего субъекта независимо от членства государства в Таможенном союзе (10 октября 2011 г.).

6.6. Арбитры

В Концепции планируется создать три списка арбитров: внутренний (арбитры государств-членов ТС), международный (иностранные арбитры), список

председателей составов арбитражного центра. Весь состав арбитража назначается различными подразделениями арбитражного центра из различных списков, причем председатель назначается Генеральным секретарем Центра ТС.

Подобный порядок формирования состава арбитража противоречит принципам арбитражного разбирательства. Стороны лишаются права выбора арбитров, причем в качестве одного из арбитров навязывается иностранный арбитр, что резко повышает судебные издержки. Мы не говорим уже о возможности пристрастного отношения, произвола и коррупции при назначении арбитров.

6.7. Выводы

Таким образом, целесообразность создания Третейского суда ТС вызывает большие сомнения.

Если будет принято политическое решение о создании такого суда, представляется необходимым исходить из следующих положений:

1. Используя положительный и отрицательный международный опыт, третейский суд необходимо создавать как международный орган, действующий не на основе законодательства РФ, а на основе принятой государствами-членами ТС Конвенции о Международном центре коммерческого арбитража Таможенного союза.

2. Организационно и финансово он должен быть связан с Советом Министров юстиции государств-членов ТС.

3. Чтобы подчеркнуть частный характер споров, название должно быть не Международный центр арбитража, а Международный центр коммерческого арбитража.

4. Компетенция Центра ТС должна быть максимально широкой. Субъектами обращения в Центр должны быть не только субъекты ТС, но и любые иные лица при наличии арбитражной оговорки.

5. Список арбитров должен быть один, но с обязательным привлечением иностранных граждан. Состав арбитража должен формироваться самими сторонами, только при невозможности достичь соглашения о председателе состава может вмешаться орган управления Международного центра коммерческого арбитража Таможенного союза.

АВТОНОМИЯ ВОЛИ СТОРОН ПРИ ОПРЕДЕЛЕНИИ АРБИТРАЖНОЙ ПРОЦЕДУРЫ И ЕЕ ПРЕДЕЛЫ. ИМПЕРАТИВНЫЕ НОРМЫ МЕСТА АРБИТРАЖА

Крупчан А. Д. (Украина)

д. ю. н., доцент, академик НАПрН Украины,
директор Научно-исследовательского института
частного права и предпринимательства
имени академика Ф. Г. Бурчака НАПрН Украины

Общеизвестно, что одним из преимуществ международного коммерческого арбитража по сравнению с государственными судебными органами являются гибкость его арбитражной процедуры, возможность ее упрощения и приспособления к специфике и потребностям конкретного спора, исходя из закрепленного баланса интересов сторон. В ее основе лежит принцип автономии воли сторон, согласно которому частноправовой договор (арбитражное соглашение) является правовой основой компетенции международного коммерческого арбитража решать определенные споры, возникшие или могущие возникнуть между сторонами вообще и правовым источником согласования отдельных деталей соответствующего международного арбитражного производства, в частности.

Так, по мнению выдающихся западных ученых Дж. Лю и Л. Мистелиса «*независимо от того, какое право применяется к арбитражу, общепризнанно, что автономия воли играет большую роль в определении арбитражного производства*»[1]. Кроме этого, считается, что «*стороны осуществляют непосредственный контроль над избранным ими способом решения спора. Автономия воли сторон определяет форму, структуру, систему и другие детали арбитража. Национальное арбитражное законодательство, в своем большинстве, пытается лишь приводить в исполнение, дополнять и поддерживать соглашение сторон, которым стороны передали спор на разрешение арбитража*» [2].

В соответствии со ст. 19 Типового закона ЮНСИТРАЛ 1985 года, который был имплементирован в национальное законодательство многих государств, включая Украину, «*при условии соблюдения положений настоящего закона, стороны могут по своему усмотрению договориться о процедуре осуществления производства арбитражным судом*».

Принцип автономии воли находит свое признание не только в национально - правовых законах, но и в международно-правовых договорах и регламентах международных арбитражных институтов. В частности, согласно ч. 1 (d) ст. V Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 года основанием для отказа в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения является, среди иного прочего, случай, «*если состав арбитражного органа или арбитражный*

---

[1] Judith M. Lew, Loukas A. Mistelis, et al., Comparative International Commercial Arbitration (Kluwer Law International 2003) p. 522.

[2] Judith M. Lew, Loukas A. Mistelis, et al., Comparative International Commercial Arbitration (Kluwer Law International 2003) p. 3.

процесс не соответствовали соглашению сторон или, при отсутствии такового, не соответствовали закону той страны, где имел место арбитраж ... »[3].

Несмотря на частный и автономный характер международного коммерческого арбитража, последний существует не в правовом вакууме, а в рамках конкретной национальной правовой системы, с которой он имеет надлежащую правовую связь и в пределах которой будет рассмотрен спор между сторонами и формально будет вынесено арбитражное решение.[4] Соответственно, при согласовании правил арбитражной процедуры сторонам спора следует учитывать императивные нормы государства местонахождения арбитража.

В большинстве национальных правовых систем законодатель не детализирует правила арбитражной процедуры рассмотрения споров между сторонами, а, в большей мере, устанавливает общие основания формирования и функционирования состава арбитража (принцип равенства сторон, независимости и беспристрастности арбитров и т. д.) и предусматривает определенные правила лишь в случае, если стороны не выразят желания самостоятельно урегулировать правила в отношении процессов формирования и деятельности состава арбитража и не достигнут согласия по этим правилам.

Так, согласно ч. 1 статьи 19 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже» от 24.02.1994 года (далее - «ЗУ «О МКА»), в основу которого положен Типовой закон ЮНСИТРАЛ «О международном торговом арбитраже» 1985 года, *«при условии соблюдения положений настоящего Закона стороны могут по своему усмотрению договориться о процедуре ведения разбирательства третейским судом»*.[5] Более конкретно ЗУ «О МКА» наделяет стороны правом согласовывать, среди прочего, следующие элементы арбитражного процесса: 1) число арбитров (ст. 10); 2) процедуру назначения арбитров (ст. 11); 3) процедуру отвода арбитров (ст. 13); 4) компетенцию арбитража принимать обеспечительные меры (ст. 17); 5) место арбитража (ст. 20); 6) язык арбитража (ст. 22); 7) сроки для предъявления требований, возражений, объяснений и других документов, изменять/дополнять их (ст. 23); 8) компетенцию арбитража проводить слушания дела (ст. 24); 9) компетенцию арбитража назначать экспертов (ст. 26); 10) применимое право или компетенцию арбитража решать спор ex aequa et bono или в качестве дружественного посредника (ст. 28); 11) порядок коллегиального вынесения арбитражного решения (ст. 29); 12) компетенцию арбитража выносить дополнительные решения (ст. 33)[6].

Однако объем автономии воли сторон по ЗУ «О МКА » остается спорным вопросом , поскольку, в отличие от английского арбитражного акта 1996 года, в котором в Приложении 1 четко изложен перечень статей, имеющих императивный характер,[7] ЗУ «О МКА» такого перечня не содержит. Как следствие, юристы-практики обычно советуют отечественным субъектам внешнеэкономической деятельности, которые готовы самостоятельно разрабатывать правила арбитражной

---

[3] http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/NY-conv/XXII_1_r.pdf

[4] Goode R., The Role of *Lex Loci Arbitri* in International Commercial Arbitration; Born G., International commercial arbitration. – P. 176

[5] http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/4002-12/print1369596384715118

[6] http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/4002-12/print1369596384715118

[7] http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/schedule/1

процедуры для арбитража ad hoc, быть особенно внимательными при отходе от предписаний ЗУ «О МКА», характер которых вызывает сомнения.[8]

Автономия воли сторон в сфере согласования процедурных вопросов арбитража не является безграничной и ограничивается, как правило, императивными нормами законодательства места арбитража. Так, согласно Типовому закону, автономия воли сторон в рамках согласования процедурных вопросов арбитража ограничивается императивными нормами, закрепленными в Типовом законе. Вместе с тем, непосредственно Типовой закон не содержит существенных ограничений автономии воли сторон и, прямо скажем, не направлен на это, то есть ограничение воли сторон не является заданием этого международного документа.

Императивной основой международного арбитража является принцип равного отношения к сторонам спора, который включает право на возможность изложения своей позиции. Он является общепризнанным принципом международного коммерческого арбитража. Его целью является обеспечение функционирования международного коммерческого арбитража как нейтрального, независимого и эффективного способа разрешения споров, с одной стороны, и реального равноправия сторон арбитражного процесса - с другой. Любое согласование сторонами спора стадий и элементов и других составляющих арбитражного процесса, которое ставит под сомнение возможность соблюдения принципа равного отношения сторон не может быть допустимым.

Кроме этого, на принцип автономии воли сторон могут влиять соображения разумности, но в случае ясного соглашения сторон принцип автономии воли все же будет иметь преимущественную силу. В качестве примера, можно привести соглашение сторон о проведении значительного раскрытия информации в арбитраже (disclosure/discovery) и проведения многонедельных слушаний по делу. В случае если такое соглашение является явно необоснованным, исходя из его сути и обстоятельств спора, арбитражный суд может призвать стороны отказаться или изменить такое соглашение, также, как правило, состав арбитров наделен соответствующими регламентами рычагами для коррекции процедурных решений, в том числе принятых сторонами.

Интересно отметить, что многие нормы ЗУ «О МКА», которые, несомненно, относятся к императивным, во многих иных странах мира могут иметь характер диспозитивных. Так, например, ст. 34 ЗУ «О МКА» императивно закрепляет условия для отмены арбитражного решения, в то время как ст. 192 Швейцарского закона о международном частном праве предусматривает право сторон отказаться от права обращаться в компетентный суд для отмены арбитражного решения. Другим примером является английский арбитражный акт 1996 года, который, в отличие от Закона Украины «О МКА », позволяет по соглашению сторон ограничивать право арбитражного суда решать вопрос собственной компетенции (ст. 30), согласовать вопрос окончательности арбитражного решения (ст. 58)[9].

С другой стороны, существуют примеры более строгих режимов национального правового регулирования. Так, например, федеральный закон Российской Федерации « О международном коммерческом арбитраже» в ст. 28 не предусматривает возможности сторон наделять арбитраж полномочиями принимать решения

---

[8] http://pravotoday.in.ua/ru/press-centre/publications/pub-831/

[9] http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23

ex aequo et bono или в качестве «дружеского посредника». Справедливости ради, следует отметить, что во всех других принципиальных моментах закон Российской Федерации является выражением имплементации Типового закона ЮНСИТРАЛ.

Другим уровнем ограничений автономии воли сторон является императивные правила регламентов постоянно действующих арбитражных институтов, в отношении применения каких имеется соглашение сторон.

Выбирая между арбитражами ad hoc и постоянно действующими институциональными арбитражами субъекты внешнеэкономической деятельности обычно предпочитают последних учитывая при этом, что они обладают более высоким уровнем предсказуемости и скорости решения споров, поскольку имеют собственные устоявшиеся правила арбитражной процедуры, соблюдение которых обеспечивается органом, администрирующим соответствующий арбитраж, а также стабильную и достаточно широко известную правоприменительную практику и практику принятия решений. Однако следует обратить внимание, что при передаче субъектами внешнеэкономической деятельности своих споров на рассмотрение определенного постоянно действующего арбитражного института, они автоматически инкорпорируют его арбитражные правила в содержание арбитражного соглашения. Право сторон согласовать применение положений регламента иного постоянно действующего арбитражного института, по меньшей мере, является ограниченным, так как такие положения регламента этого института могут быть несовместимы с регламентом института, который на разрешение которого передан спор сторонами. В этом контексте М. Прайлз, президент Австралийского международного коммерческого арбитражного центра, отмечает, что «*ограничения автономии воли сторон возникает в случаях, когда они пытаются внести изменения в правила администрирующего органа таким образом, что эти правила становятся неприемлемыми для их выполнения последним*».[10]

Что касается непосредственного определения правил арбитражной процедуры, то Регламент МКАС при ТППУ прямо наделяет стороны спора правом согласовывать большинство вопросов, отнесенных к компетенции сторон в соответствии с ЗУ «О МКА», за исключением, в частности, компетенции МКАС при ТППУ принимать обеспечительные меры (ст. 4), процедуры отвода арбитров (т. 30) и порядка коллегиального вынесения арбитражного решения (ст. 49).[11]

Резюмируя все вышесказанное следует отметить, что принцип автономии воли сторон уполномочивает их самостоятельно регулировать все ключевые вопросы организации и деятельности данного вида альтернативного разрешения частноправовых споров. Этот принцип поддерживается национальным законодательством многих стран мира и ограничивается только принципами равенства сторон, справедливости и может подвергаться воздействию соображений разумности, а также может ограничиваться императивными нормами законодательства места арбитража и соответствующим арбитражным регламентом.

---

[10] http://www.arbitration icca.org/media/0/12223895489410/limits_to_party_autonomy_in_ international_ commercial_arbitration.pdf

[11] http://www.ucci.org.ua/arb/icac/ru/rules.html

Arbitration Act 1996 (England) – Арбитражний Акт 1996 года (Англия)

Section	Стаття
4. Mandatory and non-mandatory provisions. (1) The mandatory provisions of this Part are listed in Schedule 1 and have effect notwithstanding any agreement to the contrary. […]	**4. Императивные и диспозитивные положения.** (1) Императивные положения настоящей части перечислены в Приложении I, и они подлежат применению несмотря на любое соглашение об обратном. [...]
30. Competence of tribunal to rule on its own jurisdiction. (1) Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may rule on its own substantive jurisdiction, that is, as to — (a) whether there is a valid arbitration agreement, (b) whether the tribunal is properly constituted, and (c) what matters have been submitted to arbitration in accordance with the arbitration agreement. […]	**30. Компетенция трибунала принимать решения относительно собственной юрисдикции.** (1) Если стороны не договорились об ином, арбитражный суд может принимать решение о собственной материальной юрисдикции, а именно (а) о наличии действительного арбитражного соглашения; (б) по поводу правильности формирования арбитражного трибунала; и (с) о соответствии споров, переданных на арбитражное разбирательство, арбитражному соглашениию. […]
58. Effect of award. (1) Unless otherwise agreed by the parties, an award made by the tribunal pursuant to an arbitration agreement is final and binding both on the parties and on any persons claiming through or under them. […]	**58. Действие арбитражного решения.** (1) Если стороны не договорились об ином, арбитражное решение, принятое трибуналом в соответствии с арбитражным соглашением, является окончательным и обязательным для сторон а также для любых других лиц, действующих от их имени или по их поручению. […]
SCHEDULE 1 **MANDATORY PROVISIONS OF PART I** • sections 9 to 11 (stay of legal proceedings);	**ПРИЛОЖЕНИЕ 1** **Императивные положения части Ш** статьи с 9 по 11 (о приостановлении арбитражного разбирательства);

• section 12 (power of court to extend agreed time limits);	статья 12 (полномочия суда увеличивать согласованые процессуальные сроки);
• section 13 (application of Limitation Acts);	статья 13 (применение Актов об исковой давности);
• section 24 (power of court to remove arbitrator);	статья 24 (полномочия суда прекращать полномочия арбитров);
• section 26 (1) (effect of death of arbitrator);	статья 26 (1) (последствия смерти арбитра);
• section 28 (liability of parties for fees and expenses of arbitrators);	статья 28 (обязанности сторон по уплате сборов и расходов арбитров);
• section 29 (immunity of arbitrator);	статья 29 (иммунитет арбитра);
• section 31 (objection to substantive jurisdiction of tribunal);	статья 31 (возражения против материальной юрисдикции трибунала);
• section 32 (determination of preliminary point of jurisdiction);	статья 32 (разрешение предварительного вопроса о юрисдикции);
• section 33 (general duty of tribunal);	статья 33 (общие обязательства трибунала);
• section 37 (2) (items to be treated as expenses of arbitrators);	статья 37 (2) (составляющие элементы затрат арбитров);
• section 40 (general duty of parties);	статья 40 (общие обязательства сторон);
• section 43 (securing the attendance of witnesses);	статья 43 (обеспечение присутствия свидетелей);
• section 56 (power to withhold award in case of non-payment);	статья 56 (полномочия придержать арбитражное решение в случае неуплаты);
• section 60 (effectiveness of agreement for payment of costs in any event);	статья 60 (действительность соглашения об уплате сборов в любом случае);
• section 66 (enforcement of award);	статья 66 (приведение арбитражного решения в исполнение);
• sections 67 and 68 (challenging the award: substantive jurisdiction and serious irregularity), and sections 70 and 71 (supplementary provisions; effect of order of court) so far as relating to those sections;	статьи 67 и 68 (обжалование арбитражного соглашения: материальная юрисдикция и существенные нарушения) и статьи 70 и 71 (дополнительные положения; действие определения суда) в той мере, в какой они имеют отношение к следующим статьям;

• section 72 (saving for rights of person who takes no part in proceedings);	статья 72 (защита прав лиц, не участвующих в арбитражном разбирательстве);
• section 73 (loss of right to object);	статья 73 (потеря права возражать);
• section 74 (immunity of arbitral institutions, &c.);	статья 74 (иммунитет арбитражных институтов и др.);
• section 75 (charge to secure payment of solicitors' costs).	статья 75 (сбор для обеспечения оплаты расходов Солиситоров).

Switzerland's Federal Code on Private International Law 1987 –
Федеральный закон Швейцарии
о міжнародном частном праве 1987 года

Article	Стаття
Art. 192 **X. Waiver of appeal** 1 If neither party has a domicile, a place of habitual residence, or a place of business in Switzerland, they may, by an express declaration in the arbitration agreement or in a subsequent written agreement, exclude all appeals against the award of the arbitral tribunal. They may also exclude an appeal only on one or several of the grounds enumerated in Article 190, paragraph 2. […]	**Ст. 192** **X. Отказ от обжалования** 1. Если ни одна из сторон не имеет местожительства, постоянного местопребывания или места осуществления деловой активности в Швейцарии, они могут путем четкого указания в арбитражном соглашении или в дальнейшей письменном соглашении отказаться от права обжаловать решение арбитражного трибунала. Они могут также отказаться от обжалования, основанного на одной или нескольким основаниям, указанных в части 2 статьи 190. […]

ПРИРОДА АРБИТРАЖА И ВЗАИМОДЕЙСТВИЕ С ЗАЩИТОЙ ОСНОВНЫХ ПРАВ

Александр БЕЛОГЛАВЕК (Чешская Республика)

доктор юридических наук, профессор кафедры права экономического факультета Технического университета, Острава, адвокат

Резюме

Так как основой каждого арбитража является арбитражное соглашение, посредством которого стороны наделяют компетенцией одного или нескольких арбитров на рассмотрение и разрешение спора между ними, то арбитраж представляет собой волю сторон отказаться от права на рассмотрение дела в [государственном] суде общей юрисдикции. Таким образом, возникает вопрос, насколько арбитраж предоставляет адекватную защиту основных прав (прежде всего, права на судебную защиту и права на справедливое судебное разбирательство), каким образом они распознаются в различных источниках конституционного права или права международного характера, а также, в какой степени защита основных прав в арбитраже может быть предметом пересмотра в соответствии со стандартами, вытекающими из Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Первая часть статьи посвящена общей характеристике арбитража совместно с описанием различий концепции арбитража в зависимости от применяемой доктрины / теории. Во второй части рассматривается совместимость арбитража с требованием защиты основных прав человека в свете документов судебной практики Европейского Суда по правам человека.

Условные сокращения – Index compendiorum

ADR	Alternative Dispute Resolution. Альтернативное урегулирование споров
AUT	Австрия (Австрийская Республика)
BGH	Bundesgerichtshof - Немецкий Федеральный суд, Верховный Суд [DEU]
CZE	Чешская Республика
DEU	Германия (Федеративная Республика Германии)
ЕСПЧ	Европейский Суд по правам человека
ESP	Испания (Королевство Испания).
ЕКПЧ	Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод
EUml	Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже, подписанная в Женеве 21 апреля 1961 г.
ICC	Международная торговая палата. International Chamber of Commerce. Париж / Франция
NYUml	Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений; т.н. Нью-Йоркская конвенция[1]

[1] См. на sub: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html

OGH	Oberstes Gerichtshof / Верховный Суд Австрийской Республики с местонахождением в Вене [AUT]
OLG	Высший земельный суд (Oberlandesgericht) [DEU]
OMPI	См. WIPO
США	Соединенные Штаты Америки (United States of America)
WIPO	World Intellectual Property Organisation. Всемирная организация интеллектуальной собственности (ВОИС)
ZPON	Гражданский процессуальный кодекс (*Zivilprozessordnung* [DEU])

I. Арбитраж и его природа в свете развития теорий

I.1 Арбитраж и *lex arbitri*

Чаще всего арбитраж в общем виде определяется как средство, в рамках которого вынесение решения относительно интересов одного или нескольких лиц было доверено одному или нескольким лицам – арбитрам, которые были наделены компетенциями в соответствии с соглашением сторон (в рамках объективной и субъективной арбитрабильности), а отнюдь не государственными органами. Тем не менее, автор подчеркивает, что такие компетенции одновременно следуют из правовой базы, которая существует для данного соглашения сторон и которая определяет допустимость, сферу действия, минимальное содержание, а также другие условия для заключения арбитражного соглашения. Таким образом, арбитраж принципиально определяется законодательством конкретного государства, которое не только предоставляет возможность для деятельности арбитров, но, прежде всего, гарантирует возможность приведения в исполнение арбитражных решений при содействии со стороны публичной власти и одновременно оказывает прочую поддержку арбитражу при помощи своих собственных *авторитетных механизмов*. Поэтому арбитражное соглашение следует воспринимать как определенный *спусковой механизм* для применения нормативной системы, позволяющей урегулировать конкретный спор иначе, чем в судах общей юрисдикции. Определение самого арбитража зависит от того, как определены природа этого вида производства и его основа. В отдельных государствах природа и правовые границы, как правило, выражаются в особых нормативных правовых актах об арбитраже, которые называются *lex arbitri*. Однако это понятие обладает более широким значением.

Определение понятия *lex arbitri* в международной практике было предметом ряда решений и постановлений. Довольно простую позицию занял английский суд в решении по делу *Smith Ltd.* против *H & S. International*,[2] в котором он воспользовался ссылкой на опубликованные мнения и определил *lex arbitri* как право, которое распространяется на арбитраж как таковой, а также, что это набор правил, регулирующих т. н. *внешний стандарт* арбитража. Таким образом, это набор нормативных правовых актов и правил, отделяющих арбитров от государственной власти, других видов процессов, правовых норм и т. д., а также это система норм, регулирующих границы, в которых стороны

[2] Опубликовано в: [1991] 2 Lloyd's Rep 127, 130.

могут договориться о передаче спора в арбитраж и способе (в какой форме и с каким содержанием) выражения такой воли. Законодательство, которому подчиняется *арбитраж*, включает в себя (кроме всего прочего) правовые нормативные акты, регулирующие принятие обеспечительных мер, правовые нормативные акты, предоставляющие суду право обеспечить поддержку арбитражу, а также правовые нормативные акты, регулирующие выполнение контрольных полномочий судов общей юрисдикции в отношении арбитража.

В принципе, можно согласиться с вышеуказанным определением понятия *legis arbitri*, которое встречается в различных вариантах в международной практике, и, которое было дано в цитированном выше решении английского суда. Тем не менее, следует подчеркнуть, что это не исчерпывающее определение и, возможно, даже недостаточное, так как оно не отражает и не учитывает частноправовую автономию, которая широко применяется в арбитраже. Более точное определение можно найти в международной практике намного позже, когда уже было констатировано, что *lex arbitri* нельзя *заменять* нормами материального права, которые применяются к сущности спора, правом, применимым к арбитражному соглашению, или процессуальными нормами, которые применяются в ходе или к самому арбитражному производству. Эти отдельные режимы зависят от выбора, сделанного сторонами (буквально или выборочно).[3] *Lex arbitri* можно определить как совокупность всех нормативных правовых актов в таком диапазоне, в котором они касаются именно арбитража. Причем их применение может зависеть от этапа арбитражного производства, если это разбирательство внутригосударственное или международное, а, в случае необходимости, если это разбирательство является продолжением разбирательства по существу дела. Сюда также входят правовые нормативные акты о признании и приведении в исполнение арбитражных решений и правовые нормативные акты и правила, регулирующие *коллизии* (в случае необходимости, связь) на другие правовые нормативные акты, национального и не национального происхождения. Однако *lex arbitri* в более широком контексте можно также воспринимать как применение основных правил и принципов права, которые положительно или отрицательно определяют автономию сторон по отношению к арбитражу.

Некоторые государства различают и устанавливают различные режимы для внутренних и международных арбитражей. В таких странах правовые нормативные акты, регулирующие внутренние арбитражи, отличаются от регулирования международного арбитража. Причем определения международного арбитража в различных государствах довольно сильно отличаются. Некоторые государства исходят исключительно из места нахождения участников (субъективный критерий).[4] Другие государства вообще не отражают местонахождение участников и

---

[3] Сравн. Решение английского суда с 2000 года (по делу *M. H. Alshaya Company W.L.L.* против *Retek Information Systems Inc.*), опубликовано в (т. н. *нейтральное цитирование*): 2000 WL 33116470 (Q.B.D.), причем суд в данном случае сослался на другое решение английского суда, вынесенного годом раньше (по делу *Shell International Petroleum Co. Ltd.* против *Coral Oil Co. Ltd*), опубликовано в (т. н. *нейтральное цитирование*): [1999] 1 Lloyd's rep. 72, 76 (Q.B.D.).

[4] Например, в Швейцарии, где процесс считается международным, если хотя бы один из участников имеет местонахождение (место жительства) за пределами государства, в котором проходит процесс.

исходят исключительно из характера спора (объективный критерий).[5] Однако некоторые государства, которые в настоящее время, вероятно, составляют большинство, вообще не устанавливают различий между внутренним и международным арбитражем. Очень часто в тех государствах, в которых устанавливаются различия между международным и внутренним арбитражем, суды общей юрисдикции в национальных (внутренних) процессах обладают более широкими контрольными компетенциями, чем в международных спорах. Однако даже в тех странах, в которых буквально не делают различий между внутренним и международным арбитражем, на практике можно встретиться с определенным диверсифицированным подходом. Это, прежде всего, отражение международных традиций и стандартов именно в разбирательствах с международным элементом. Во многих случаях для этого также имеется нормативная база. На практике очень часто пренебрегают Европейской конвенцией о коммерческом арбитраже (EUml), которая требует отражения международных стандартов в широком диапазоне.

I.2. Природа арбитража

Мнения многих стран о природе арбитража подверглись значительным изменениям. Постепенно появилось 3 – 4[6] основные теории, а именно: (i) договорная теория; (ii) юрисдикционная теория; (iii) смешанная теория и (iv) теория, которая характеризует сущность арбитража, о способе разрешения спора *sui generis*.[7] Взгляд на арбитраж с точки зрения публичной власти позволяет ответить на ряд вопросов, касающихся полномочия (юрисдикции) и компетенции арбитров на рассмотрение и разрешение споров.

I.2.1. Договорная теория

Договорная теория исходит из того, что основной компетенцией арбитров на рассмотрение и разрешение споров является исключительно соглашение. Вполне вероятно, что договорная теория является самой старой. Ее корни прослеживаются в глубокой древности и лежат в основе существования доримской «примитивной юстиции». Решение арбитра не заключалось в поиске права. Он должен был выступать в качестве эксперта, хорошо осведомленного по конкретному вопросу, и творческим способом дополнить или, устранив препятствия, позволить продолжать заключенные правовые отношения. Таким образом, он должен был заменить соглашение между сторонами в тех случаях, когда стороны не были способны сами его создать.

---

[5] Например, во Франции необходимо, чтобы международные споры были связаны с международными трансакциями или договорами с международным элементом. Сравн., например, *Rozehnalová, N.* Určení fór a jeho význam pro spory s mezinárodním prvkem, [Перевод названия: «*Определение форума и его значение для споров с международным элементом*»], Bulletin advokacie, 2005 г., № 4, с. 16–23 и № 5, с. 12–16; *Bělohlávek, A.* Význam mezinárodního prvku v závazkových vztazích. [Перевод названия: «*Значение международного элемента в договорных отношениях*»]. Právník, 2006 г., год изд. 145, № 5, с. 568–578; *Jayme, E. et Hausmann, R.* Internationales Privat- und Verfahrensrecht, 9-е изд., München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1998 г., с. 1–19 и др.

[6] Включает в себя юрисдикционную и смешанную теории.

[7] Подробно см., например, *Rozehnalová, N.* Rozhodčí řízení – alternativa k řízení soudnímu. [Перевод названия: «*Арбитраж – альтернатива судебным процессам*»]. Právní fórum, 2008 г., год изд. 5, № 4, с. 121–122; и др.

В своей классической форме теория признает основой арбитража только арбитражное соглашение как проявление автономии сторон, причем следует различать классическую и современную договорную теории.[8] Согласно т. н. классической договорной теории, в основе арбитражного разбирательства лежит арбитражное соглашение, и реализация арбитражного разбирательства зависит от воли сторон, причем сами стороны оказывают решающее влияние на природу арбитражного разбирательства (*ad hoc*, или институциональное; выбор арбитров, место рассмотрения спора; правила арбитража и т.д.). В таком случае арбитр выступает как представитель сторон, который должен выяснить, о чем стороны договорились в главном договоре, а затем указать это в арбитражном решении. По этой причине арбитражное решение также является соглашением, которое заключают арбитры как представители сторон спора. Таким образом, решение арбитров зависит только от воли сторон, следовательно, оно должно подлежать исполнению в любой точке мира. Данная теория оказала значительное влияние на оформление в виде закона арбитража в начале XX века.

Современная договорная теория, наоборот, утверждает, что арбитры не выступают как представители сторон, и, что арбитражное решение не является соглашением. Тем не менее, они настаивают на том, что арбитраж основан на соглашении, поэтому, согласно данной теории, он относится не к гражданскому процессу, а к договорному праву. Арбитражное соглашение рассматривается как соглашение *sui generis*, которое регулируется собственными правилами и которое затрагивает как частное договорное право, так и особенности арбитража.

I.2.2. Юрисдикционная теория

Юрисдикционная теория, наоборот, основывается на том, что арбитражное разбирательство является спорным разбирательством, а арбитры наделены компетенцией на рассмотрение и разрешением споров, причем спор они разрешают путем поиска права на основании компетенции, делегированной государством, а отнюдь не соглашением сторон. Эта теория возникла до Второй мировой войны и основана на идее, что государство имеет право по своему усмотрению контролировать и регулировать все арбитражные процессы, проходящие в пределах его юрисдикции. Согласно этой теории, приоритетом обладает государство, которое своими правовыми нормами (законодательной властью) допускает существование арбитража в пределах своей компетенции (юрисдикции) в качестве альтернативы судебному процессу. Решающие процедурные действия всегда основаны на законодательстве того государства, в юрисдикции которого проводится арбитраж. Хотя эта теория и признает, что арбитраж и возможность его использования в конкретном споре имеет свои истоки в арбитражном соглашении как соглашении между сторонами, решающим считает правопорядок того государства, на территории которого проводится

---

[8] *Růžička, K.* Rozhodčí řízení před Rozhodčím soudem při Hospodářské komoře České republiky a Agrární komoře České republiky. [Перевод названия: *«Арбитраж в Арбитражном суде при Экономической палате Чешской Республики и Аграрной палате Чешской Республики»*]. Aleš Čeněk, 2003 г., с. 20.

арбитраж – этот правопорядок позволяет проводить арбитраж, назначать арбитров, действовать арбитражному соглашению, приводить в исполнение арбитражные решения и т. д. Таким образом, действия арбитража, прежде всего, приведение в исполнение арбитражного решения, связаны с конкретным правопорядком, т. к. они не даны только соглашением сторон. Согласно этой теории, арбитражное разбирательство является спорным разбирательством, а арбитры исполняют свою функцию на основании компетенции, делегированной государством, а отнюдь не на основании «простого» соглашения между сторонами.

Для международного арбитража действительно то, что арбитраж основывает свою законность и эффективность на праве конкретного государства, т. к. каждое государство имеет право регулировать и контролировать деятельность, осуществляемую на его территории. Национальное (внутригосударственное) право влияет на действительность арбитражного соглашения, его действие, компетенцию состава арбитражного суда и на действие арбитражного решения. Поэтому право конкретного государства является решающим и для международного арбитража. В таком случае отдельные институты арбитража рассматриваются как процедурные институты, причем значительно подавлены договорные элементы, например, прежде всего, роль процессуального соглашения.

Решающую роль играют нормы форума, которые арбитры должны всегда применять. Разница между положением арбитра и судьи заключается в том, что государство наделяет судью компетенциями, а арбитр, хотя и получает свои компетенции также от государства, однако, его назначение зависит от воли сторон. Поэтому арбитры, применяя право, в принципе, обладают одинаковыми возможностями, как и судьи, а также как судьи, должны соблюдать публичный порядок форума.

I.2.3. Смешанная теория

Смешанная теория исходит из компетенции арбитров, основанной на соглашении, исходя, однако, из автономии арбитров как субъектов, уполномоченных поиском права.[9] Поэтому арбитраж по своей цели и благодаря авторитетному

---

[9] В целях объективности, однако, следует отметить, что именно англо-американские юридические школы часто склоняются к договорной теории (в отличие от западноевропейских школ, которые, скорее, склоняются к юрисдикционной теории), а также в отношении характера деятельности арбитров и арбитражных решений. В качестве примера можно привести, например: *Reismann, M., Craig, L., Park, W. et Paulsson, J.* International Commercial Arbitration New York, 1997 г., с. xxviii – *«a contractual method for the relatively private settlement of disputes»*, и *Wetter* The Legal Framework of International Arbitral Tribunals – Five Tentative Markings in International Contracs. New York, 1981 г., с. 271 и 274 – *«voluntary submission by parties to a special kind of private litigation which is accepted, tolerated and sanctioned by public international law and the laws of most civilized jurisdictions»*. Однако это только кажущиеся склонности к договорной теории. Такой подход необходимо толковать в связи с дилетантским взглядом на поиск права в системе *common law* и, прежде всего, в теории и практике гражданского процесса США и отдельных штатов США на литигацию (как форму ADR), которая в настоящее время в США считается почти нераздельной частью гражданского судопроизводства, так как, по имеющейся информации, примерно девяносто процентов всех гражданских споров заканчивается (после подачи искового заявления, но до вынесения решения судом) примирением сторон, заключивших мировое соглашение при посредничестве адвокатов с согласия суда (литигация, т. е. переговоры по мирному урегулированию без помощи посредника, в отличие от медиации – оба случая, однако, представляют собой форму ADR, а отнюдь не форму поиска права; как литигацию, так и медиацию необходимо строго отличать от арбитража).

поиску права, а также по своим механизмам полностью эквивалентен разбирательствам в судах общей юрисдикции, однако, эта передача авторитетного урегулирования споров обусловлена наличием арбитражного соглашения. Поэтому арбитражное соглашение следует понимать как условие такой передачи, причем и арбитражное соглашение можно заключить исключительно в рамках ограничения пространства для арбитрабильности, определенного законодателем в *lex arbitri*, а в случае необходимости, и в других законах. Только эти рамки определяет пространство для данной передачи и, следовательно, для автономии воли сторон в отношении арбитрабильности конкретного спора.

Однако на самом деле *смешанная концепция* не имеет большого значения по той причине, что она не устанавливает точную границу между юрисдикционной и договорной концепциями. При разрешении конкретных споров, как правило, необходимо придерживаться того, какая концепция (первая или вторая) будет в большей степени отражаться в разрешенном вопросе. Смешанная теория имеет скорее дидактическое и доктринальное значение и позволяет продемонстрировать действие арбитражного соглашения по отношению к праву на рассмотрение и разрешение спора авторитетным способом.

I.2.4. Автономная теория

Автономная теория отвергает предыдущие теории и стремится понять арбитраж как единое целое, как процесс *sui generis*.

I.3. Развитие и сущность взглядов на природу арбитража

Можно, очевидно, сказать, что большая часть специалистов, в том числе автор данного комментария, склоняются к юрисдикционной теории (в случае необходимости, к смешанной теории), но при условии, что в данном случае имеет место передача государственной власти. Такое мнение имеет свое особое выражение, прежде всего, по отношению к международному разбирательству (в т. н. делах с международным элементом). Дело в том, что такое разбирательство не проходит и не может проходить вне территории конкретного государства, а также необходимо учитывать правовые границы государства, допускают ли они такое арбитражное разбирательство или нет, в какой степени и при каких условиях. Поэтому разбирательство проходит в рамках конкретной юрисдикции и в рамках конкретной правовой и конституционной системы, которая либо разрешает, либо запрещает рассмотрение и разрешение спора частными правовыми субъектами на основе действительного арбитражного соглашения, а также устанавливает предметные правовые границы для арбитрабильности споров. Исключительно на основе этих правовых границ ведение разбирательства и вынесение решения переносятся в сферу частного права, в результате чего становится возможным более широкое международное исполнение арбитражных решений, т. к. в данном случае речь уже идет не о решении государственного органа, а о решении субъекта частного права, о юрисдикции которого стороны договорились в арбитражном соглашении. Однако и это исполнение основано на правовых границах, предоставляемых государством. Приведение в исполнение в

соответствии с Нью-Йоркской конвенцией (NYUml)[10] на территории конкретного государства основано на государственном акте о присоединении к вышеуказанной Конвенции.[11] Очевидно, в прошлом арбитраж представлял собой разбирательство, в котором разрешались споры, например, на рынках, где собирались покупатели и продавцы из разных уголков Европы, и между ними часто возникали споры, для разрешения которых было необходимо использовать специальный опыт и знания особых обычаев. Суды, как правило, с такими обычаями ознакомлены не были, а поэтому на первый план выплывала необходимость разрешить споры немедленно (т. е. *на месте*) так, чтобы соответствующее решение немедленно приводилось в исполнение. Такой способ разрешения споров действительно предлагался путем арбитражного разбирательства и, естественно, его можно принимать во внимание (хотя, скорее, в редких случаях) даже в настоящее время[12]. Однако следует отметить, что вышеуказанное арбитражное разбирательство очень часто напоминало медиацию или другую форму «ADR» в соответствии с сегодняшней терминологией (см. выше), т. к. авторитет арбитров и сам рынок принуждали проигравшую сторону добровольно и без задержек исполнить решение (в данном случае, скорее, в смысле «рекомендации») арбитров, и зачастую не требовалось вмешательство со стороны органов государственной власти в ходе исполнительного производства. Это исполнительное производство обеспечивали саморегулирующие (часто примитивные, но, несомненно, весьма эффективные) силы местного рынка. В период биполярного мира, прежде всего, после Второй мировой войны, арбитраж сыграл еще одну значительную роль. Дело в том, что арбитраж позволял (или, по крайней мере, упрощал) функционирование международной торговли и разрешение споров в международной торговле между двумя основными политическими блоками, причем арбитражное решение было решением субъекта частого права и, таким образом, оно не было по крайней мере явным признанием юрисдикционной власти другого суверенного государства[13]. Поэтому зачастую намеренно и довольно прагматично пропускают вопрос

---

[10] Ситуация в США очень специфична в том смысле, что на американском континенте допускается разрешение таких споров как антимонопольные споры при посредничестве арбитража, а также при посредничестве форм ADR, и, наконец, область уголовного права также проткана широкой шкалой частных правонарушений, а также возможностью урегулирования - соглашения. В результате именно американская процессуальная школа представляет собой специальный процесс отстранения различий между поиском и созданием права, с одной стороны, и нахождением консенсуса между сторонами, с другой стороны, с сильным акцентом на непрофессиональную сторону ведения спора.

[11] В качестве сторонника, например, *Федоров, А. Г.* «Международный коммерческий арбитраж. Москва: Издательский Дом «Дашков и К°», 2000 г., с. 6, или *Marriott, A. L.* Arbitration – Nature and Objects. Handbook of Arbitration Practise. New York, 1997 г., с. 13.

[12] Внести изменения было бы можно и в другие многосторонние или же двусторонние соглашения - см., например: *Rozehnalová, N.* Rozhodčí řízení v mezinárodním i vnitrostátním obchodním styku. [Перевод названия: «*Арбитраж в международной и внутренней торговле*»]. Praha: Aspi Publishing, 2002 г., с. 205–207, или *Rozehnalová, N.* Mezinárodní právo obchodní, II. díl, Řešení sporů. [Перевод названия: «*Международное торговое право, Часть II, Разрешение споров* »]. Brno: Masarykova univerzita, 1999 г., с. 160–161.

[13] Уведомление МИД №; 74/1959 Св. «О присоединении к Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений с 1958 года (NYUml)»; *Hrivnák, J.* Newyorský dohovor o uznaní a výkon cudzích arbitrážnych rozhodnutí (výklad v súdnej praxi). [Перевод названия: «*Нью-Йоркская конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (толкование в судебной практике)*»]. Právní zpravodaj československého zahraničního obchodu, 1981, № 1, с. 2 и след. Из зарубежной литературы по данному вопросу следует упомянуть, прежде всего, *Berg, A. J.* The New York Arbitration Convention of 1958. Den Haag, 1981 г.

интеграции арбитража в конкретную конституционную систему конкретного государства. Именно договорная теория в настоящее время играет ведущую роль в объяснении природы арбитража и, естественно, также его результата (арбитражного решения). Поэтому напрашивается целесообразность и политическая обусловленность таких взглядов. Наконец, с учетом времени, а также политического и исторического контекста, также следует воспринимать не очень конкретную формулировку статьи VII п. 2 EUml (Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже), в которой относительно применимого права говорится, что арбитры будут действовать «в качестве посредников соглашения между сторонами»; однако Конвенция EUml обуславливает этот мандат арбитров его соответствием воли сторон. Именно на цитированное выше положение Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже (EUml) ссылаются некоторые сторонники договорной теории, которые, однако, забывают об упомянутом выше историческом контексте, а также о том факте, что в этом положении также говорится о том, что в случае отсутствия воли сторон, необходимо иначе рассматривать положение арбитров, т. е. как лиц, призванных для поиска права. Следовательно, речь не идет о внутреннем противоречии данного положения.

Из вышеупомянутого исторического значения арбитража в значительной степени сохраняется его гибкость.[14] Впрочем, в общем, можно констатировать, что арбитраж переживает невиданный бум, прежде всего, в течение последних пятнадцати лет, и эта тенденция, по всей вероятности, будет расти.[15] Можно даже предположить, что в будущем внимание арбитража будет направлено, прежде всего, на создание и работу узкоспециализированных учреждений, деятельность которых будет посвящена арбитражу в особых областях. В качестве примера можно привести некоторые планы по созданию специальных арбитражных судов для споров в банковском[16] или страховом[17] секторе, в перспективе также возможно в телекоммуникационном секторе[18] или секторе *hi-tech* и т.д. В

---

[14] *Fedorov, A. G.* Op. цит., с. 7 или *Craig, L. W.* Trends and Developments in Laws and Practice of ICA. New York, с. 45.

[15] Например, в последние годы удвоилось ежегодное количество споров в ICC. В то время как в арбитраже в 90-х годах прошлого века рассматривалось и разрешалось несколько сотен споров в год, то в последние годы их количество составляет примерно три тысячи споров в год.

[16] *Bělohlávek, A.* Právo mezinárodního obchodu I. [Перевод названия: «*Международное торговое право I*»]. Ostrava: VŠB Technická univerzita, katedra práva, 1996 г., с. 274 и след.

[17] Сравн., например, *Dobiáš, P.* Mezinárodní pojistné právo se zřetelem k řešení pojistných sporů v rozhodčím řízení (Vybrané kapitoly) [Перевод названия: «*Международное страховое право с акцентом на урегулирование страховых споров в арбитраже (Отдельные главы)*»]. Praha: Leges, 2011 и др.

[18] Кроме того, одна из самых известных организаций в мире по урегулированию споров в области международной торговли - суд ICC - в последние годы (с начала 90-х годов прошлого века) вела очень агрессивную кампанию в целях реализации мер по удешевлению и ускорению арбитража. В качестве одного из примеров можно привести внедрение правил по урегулированию т. н. малых споров и т.д. По данному вопросу см., например, *Bělohlávek, A. et Halfar, B.* Některé plánované změny v rozhodčím řízení před Mezinárodní obchodní komorou v Paříži. [Перевод названия: «*Некоторые запланированные изменения в арбитражном производстве в Международной торговой палате в Париже*»]. Сборник научно-исследовательских работ «Аппроксимация чешского права по сравнению со стандартами ЕС», опубликованный по случаю конференции «Экономические и адаптационные процессы 2002 года для чешских промышленных регионов до вступления в ЕС» 3–5 сентября 2002 г., Ostrava: VŠB Technická univerzita, 2002 г., с. 24–32, или же *Bělohlávek, A. et Kalla, P.* Nové směry v rozhodčím řízení a při řešení sporů z mezinárodního obchodního styku. [Перевод названия: «*Новые тенденции в области арбитража и в урегулировании споров в международной торговле*»]. Právní rádce, 2004 г., № 2, с. 4–7.

международном масштабе существуют специализированные учреждения в области арбитража. В качестве примера можно привести Центр по арбитражу и посредничеству Всемирной организации интеллектуальной собственности ВОИС (WIPO/OMPI) и др.

В отличие от других форм урегулирования споров в рамках «ADR», арбитраж представляет собой способ разрешения споров «под защитой» и при поддержке публичной власти. Это не прямое исполнение публичной власти. В европейском контексте в настоящее время преобладает мнение, убеждающее в том, что арбитры в арбитражном производстве занимаются поиском права, а арбитраж как таковой считается процессом, который намного ближе к гражданскому судебному процессу (или даже считается частью гражданского процесса), чем к медиации и другим формам «ADR». Таким образом, он ближе к поиску права, чем к *посредничеству* или даже к заключению соглашения между сторонами (или достижению соглашения между сторонами), а также преобладает мнение, согласно которому, арбитражное решение является результатом контрадикторного процесса, веденного независимыми субъектами, функция которых аналогична функции судьи в судебном процессе. Поэтому основной целью арбитража является рассмотрение спора в контрадикторном процессе и вынесение авторитетного решения, а отнюдь не выяснение содержания договорных отношений. В связи с этим следует упомянуть о единогласном мнении, выраженном в Зеленой книге об альтернативных процессах в целях урегулирования споров по гражданским и торговым делам, составленной Комиссией ЕС в виде дискуссионного материала к 19 апреля 2002 года. В этом документе арбитраж однозначно считается полноценной альтернативой гражданского судопроизводства, а арбитражное решение ставится в один ряд с решениями суда по гражданским и торговым делам. Этой концепции также соответствует концепция Европейской конвенции 1966 года «О введении единообразного закона об арбитраже»[19], а также тот факт, что ряд государств уже приняли правовое регулирование относительно альтернативных методов разрешения споров, т. е. ADR, и стремятся к институционализации положения лиц, которые занимаются посредничеством в области заключения соглашения между сторонами (медиаторы/посредники), и такое их положение регулируют иначе, чем положение арбитров, в виде самостоятельного института в рамках существующих гражданско-процессуальных кодексов. Именно медиация или другие формы ADR строго отделены от арбитража.[20] В качестве примера можно привести бельгийский закон о медиации по семейным делам с 21 января 2001 года, положения статей 131-1 - 131-15 нового французского Гражданского процессуального кодекса,[21] аналогично – в Испании[22] и в других местах. Как уже говорилось ранее, во всех государствах

---

[19] См. http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Cadreprincipal.thm. Фактически, однако, эта инициатива не заинтересовала государства и специалистов. Хотя в соответствии с данной Конвенцией Европейский арбитражный суд был создан (в Страсбурге [FRA]) и до сих пор существует, однако, исполняет скорее академические функции.

[20] Также с этой точки зрения, мнение, регулярно высказываемое чешским Конституционным Судом до 2011 года, воспринимается как проблематичное, противоречивое, а с учетом реальной практики, даже давно устаревшее.

[21] Т. н. «*médiation judiciaire*».

[22] Положения ст. 414 и 415 закона № 1/2000 [ESP].

ЕС в настоящее время такое регулирование, в принципе, необходимо строго отделять от правового регулирования арбитража, которое, отнюдь не в исключительных случаях, содержится в законах о гражданском судопроизводстве. Пожалуй, наиболее распространенным примером является книга X. немецкого Гражданского процессуального кодекса (ZPON).[23] Наконец, отнюдь не в исключительных случаях в европейских странах регулирование судебной системы, закрепленной в конституциях, применяется к арбитражному разбирательству. Таким образом, необходимо внести изменения в немецкую конституционную систему,[24] где, по некоторым мнениям, положение ст. 103 п. 1 Основного закона (*Grundgesetz*; [DEU]),[25] согласно которому (приблизительный перевод, цит.): «*В суде каждый в соответствии с законом имеет полное право быть услышанным*», является серьезным препятствием для внедрения *онлайн* арбитража.[26] Именно немецкую арбитражную теорию и практику, которые в полной мере отражают современные европейские мнения, и которые также соответствуют мнению автор относительно природы арбитража, деятельности арбитров и арбитражного решения, можно продемонстрировать на заключении Федерального конституционного суда Германии с 2000 года, в котором говорится (приблизительный перевод, цит.): «*Арбитраж представляет собой ... поиск материального права ... Арбитр, как и государственный судья,*[27] *призван урегулировать правовой спор и аналогично государственному судье высказывает то, что соответствует закону.*[28]. *Арбитражный суд в данном случае занимает место государственного суда*».[29] В соответствии с положением § 1055 и 1040 ZPON, для сторон

---

[23] Относительно арбитража в ФРГ см. также *Rozehnalová, N.* Nová úprava rozhodčího řízení v SRN. [Перевод названия: «*Новое регулирование арбитража в ФРГ*»]. Журнал о чешском и европейском праве. 1999 г., год изд. 8, № 5, с. 15–21 (после реформы арбитража в ФРГ), или же также (до внесения поправок); *Bělohlávek, A. et Jašek, V.* Rozhodčí řízení v SRN. I. a II. [Перевод названия: «*Арбитраж в ФРГ. I и II*»] Налоговая и экономическая картотека, год изд. IV, № 5, с. 37–44, а № 5, с. 45–50, или же подробно также *Bělohlávek, A.* Международный торговый арбитраж / The International Trade Arbitration, (на двух языках - украинском и английском языках). Киев: Таксон, 1998 г.

[24] Раздел IX. Организация юстиции, ст. 92–104 (*Klokočka, V. et Wagnerová, E.* Ústavy států Evropské unie. [Перевод названия: «*Конституции государств-членов Европейского Союза*»]. Praha: Linde Praha, 1997 г., с. 269–273).

[25] Это обозначение использует данная норма для немецкой (федеральной) конституции, а также для конституций федеральных земель.

[26] *Schnellekens, M. H. M.* Online Arbitration and E-commerce. Electronic Communication Law Review. Den Haag: KLI, 2002 г., № 9, с. 113–125.

[27] Очевидно, более подходит для перевода «*der staatliche Richter*» выражение «*судья государственного суда*». В целях сохранения аутентичности текста, автор применяет термин, который, возможно, не является более точным. С другой стороны, однако, это подчеркивает, в том числе и с учетом языка, тот факт, что судья государственного суда и судья арбитражного суда или же арбитр (то есть «негосударственный судья») по цели и назначению в Германии стоят на одном уровне, то есть считаются лицом, занимающимся поиском права.

[28] Т. е. поиск права.

[29] *Lörcher, G. et al.* Das Schiedsverfahren – national/international – nach deutschem Recht. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2001, с. 4, абзац № 10. Цитированный текст на языке оригинала: «*Schiedsgerichtsbarkeit ist … materiell Rechtssprechung… Der Schiedsrichter ist wie der staatliche Richter zur Entscheidung eines Rechtsstreits berufen, er hat wie dieser endgültig und bindend auszusprechen, was rechtens ist. Das Schiedsgericht tritt dabei an die Stelle des staatlichen Gerichts*».

арбитражное решение аналогично вступившему в законному силу решению суда.[30] Мнения, которые пытаются отнести арбитраж в область медиации или консилиации, т. е. в область предотвращения споров и заключения мировых соглашений, основываются скорее на неточной терминологической разбивке некоторых особых видов обязательного *арбитража*, на арбитраже в публично-правовом понимании этого термина в некоторых странах[31] или, наоборот, совместно с обязательным примирительным производством (в данном случае, например, согласно ст. 26.4. и ст. 44.5. Гражданского процессуального кодекса от 26 апреля 1999 г. для Англии и Уэльса, суд может приостановить разбирательство с целью проведения примирительных процедур и даже обязать стороны заплатить штраф в случае отказа[32] от примирительных процедур, или же следует упомянуть положение ст. 214 Гражданского процессуального кодекса Греции, согласно которому споры, подпадающие под юрисдикцию суда первой инстанции, могут рассматриваться судом только после того, как была сделана попытка примирения[33]). Мнение, согласно которому положение арбитра должно быть сопоставимо с положением посредника в примирении сторон, т. е. согласно которому арбитр действовал бы как некий представитель стороны в целях урегулирования спора, не соответствует современному мировому мнению и законодательным тенденциям, а также противоречит единому мнению, принятому в европейских странах, а также в структурах Европейского Союза. Можно полностью согласиться с понятием, которое в рамках классификации и характеристики функций государства, которое в качестве одной из таких функций приводит *«реализацию принципа справедливости»*, когда государство является (цит.): *«... гарантом, в первую очередь, функции арбитра, т. е. независимого урегулирования споров между различными публично-правовыми и частными субъектами, гарантом соблюдения законов ... »*.[34] В то же время, в том же источнике говорится*: «С точки зрения содержания разрешенных видов функций не исключается, чтобы некоторые виды деятельности также выполняли негосударственные субъекты...»*[35]. Кроме того, с конституционной точки зрения, вышеуказанная точка зрения в большей степени соответствует вышеприведенному мнению автора. Аналогично можно согласиться с другим мнением из области конституционно-правовой науки, которая использует выражение *«возможно и* другие субъекты, *на которых была возложена часть исполнения публичной власти»*.[36]

---

[30] *Lörcher, G. et al.* op. цит., также с. 4, марг.11/2. Цитированный текст на языке оригинала: *«Der Schiedsspruch hat unter den Parteien die Wirkungen eines rechtskräftigen gerichtlichen Urteils»*.

[31] В качестве примера можно привести Арбитражный Суд Бельгии, созданный в соответствии с Главой V, раздел II, ст. 142 Конституции Бельгии в целях предупреждения компетентных споров. См. *Klokočka, V. et Wagnerová, E.* op. цит., с. 35.

[32] Определенную аналогию можно найти также в США в гражданском судопроизводстве.

[33] Здесь отнюдь не в смысле литигации (т.е. без привлечения третьего лица), скорее в смысле медиации (т.е. при помощи посредника мирного урегулирования споров).

[34] *Klíma, K.* Ústavní právo. [Перевод названия: *«Конституционное право»*]. 1-е изд. Dobrá Voda u Pelhřimova: Aleš Čeněk, 2002 г., с. 79.

[35] *Klíma, K.* Ústavní právo. [Перевод названия: *«Конституционное право»*]. 1-е изд. Dobrá Voda u Pelhřimova: Aleš Čeněk, 2002 г., также с. 79.

[36] *Sládeček, V.* Ústavní soudnictví. [Перевод названия: «*Конституционное правосудие*»].Praha: C. H. Beck, 1999 г., с. 66.

1.4. Цель арбитража: природа арбитража в соответствии с теориями некоторых государств

В документах судебной практики ряда государств встречаются правила определения природы арбитража. Интересно, что арбитраж характеризуется не только результатами деятельности арбитров в области поиска права (арбитражного решения, приравниваемого к решениям судов общей юрисдикции), но и при помощи особых процедур, используемых в данном виде производства. В настоящее время в большинстве стран природа арбитража (т. е. и с процедурной точки зрения) однозначно сопоставима с разбирательствами в судах общей юрисдикции. По сравнению с международным частным правом, арбитражное соглашение по своей природе и цели сопоставимо, прежде всего, с выбором компетенции (пророгации) судов общей юрисдикции. Такое развитие не удивительно, и его можно отчетливо наблюдать с самого начала XIX века. Одно из самых старых решений такого рода, вероятно, было принято в Австрии и является судебным актом австрийского Верховного Суда (OGH) от 4 ноября 1903 г., согласно которому «*арбитражное решение представляет собой исполнительный документ за и против участников арбитража*».[37] Еще ранее, например, было вынесено решение в Англии, где в то время речь еще не шла об основе того, что в настоящее время называют арбитражем.

О современных тенденциях в области т. н. *адъюдикационного* характера[38] деятельности арбитров свидетельствует развитие в ряде развитых стран. Например, в Бельгии 8 августа 2005 года было опубликовано сообщение о том, что бельгийский арбитражный суд имеет право рассматривать соответствие права Конституции Бельгии.[39]

Впрочем, природе арбитража по отношению к разбирательству в судах общей юрисдикции уделяется внимание в ряде судебных решений из Германии. В соответствии с решением Федерального Верховного Суда [BGH] рег. № II ZR 65/03[40], арбитраж необходимо рассматривать как установленную законодателем возможность защиты прав, равноценную государственному судопроизводству. Высший земельный суд [OLG] Ростока по делу рег. № 1 Sch. 04/06 от 18 сентября 2007 года,[41] ссылаясь на § 1055 ZPON как национальный *lex arbitri* (ZPO [DEU]), постановил, что (приблизительный перевод, цит.): «[...] *арбитражное решение обладает такой же силой, как вступившее в законную силу решение*

---

[37] GIUNF, с. 2477.

[38] Деятельность заключается в *поиске права*.

[39] См. *Quaghebeur, M.* Court seeks ECJ ruling on scope of money laundering directive, 25 июля 2005 г., с. 304, доступно на http://www.vandendijk-taxlaw.be/pdf/Court%20Seeks%20ECJ%20Ruling%20on%20Scope%20of%20Money-Laundering%20Directive.pd [в последний раз страница просматривалась16 сентября 2010 г.].

[40] Опубликовано в: NJW (Neue Juristische Wochenschrift), 2004 г., с. 2898–2899. Цитируется также в: *Lachmann, J.-P.* Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 3-е изд., Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, с. 77–78, марг.279.

[41] *Kroell, c.* Die schiedsgerichtliche Rechtsprechung 2007 (Teil 2), 6 SchiedsVZ, 2008 г., год изд. 6, № 3, с. 119.

суда, а поэтому арбитраж выполняет аналогичные функции, как поиск права судами общей юрисдикции. Поэтому ошибочные решения арбитражных судов следует воспринимать таким же образом, как ошибочные, но уже не подлежащие обжалованию решения государственных судов». В то же время, тот же самый суд оставил в силе запрет на рассмотрение арбитражного решения по существу дела, заявив, что целью разбирательства об отмене арбитражного решения является только рассмотрение соблюдения основных процессуальных принципов. Из немецкой судебной практики следует также упомянуть постановление BGH рег. № III ZB 95/06,[42] согласно которому [процесс принятия решений арбитрами] *является индивидуальным процессом, в котором арбитры формируют мнение о праве при его применении к конкретному делу в связи с обстоятельствами, установленными в ходе доказывания, и его результатом является решение, которое по отношению к субъективным правам обладает конститутивным характером*. Постановление Kammergericht Berlin рег. № 20 Sch 2/06 от 15 июня 2006 г.[43] характеризует решения, вынесенные в арбитраже, как факты, которые в дальнейшем не доказываются. Поэтому им признается не только аналогичное действие, но и вполне сопоставимый характер с решениями суда в смысле определения фактических обстоятельств и правового состояния.

Одним из ключевых постановлений можно считать постановление итальянского Конституционного Суда № 376 от 28 ноября 2001 года, в соответствии с которым (приблизительный перевод, цит.): «*Конституционный Суд выполняет функцию, заключающуюся в проверке легитимности права, т. е. его соответствия Конституции и основополагающим принципам права и государства. В этом направлении он также является инструментом для судов общей юрисдикции, которые в системе континентального права своим решением, применимым в будущем, не могут повлиять на содержание правопорядка таким образом, чтобы он был полностью сопоставим с конституционным порядком и основополагающими принципами, которые имеет право выполнять. Поэтому суды общей юрисдикции, применяя право, имеют возможность обратиться в Конституционный Суд и инициировать вмешательство Конституционного Суда, который отменит или, в зависимости от предоставленных ему полномочий, внесет изменения в нормативный правовой акт. Такое право, заключающееся в возможности обратиться в Конституционный Суд с ходатайством о признании недействительным нормативного правового акта, если арбитр его считает неконституционным, а до вынесения постановления Конституционным Судом по такому ходатайству (инициативе) он приостановит арбитражное разбирательство, необходимо также предоставить арбитрам, если применение нормативного правового акта, в отношении конституционности*[44] *которого имеются сомнения, повлияет на содержание арбитражного решения, которое будет вынесено в арбитражном разбирательстве. Это право должно помогать*

---

[42] SchiedsVZ, 2008 г., № 1, с. 40.

[43] По материалам: http://www.ibr-online.de/IBRUrteile/index.php?zg=9&HTTP_INDEX=Monatsindex&HTTP_Monat=2006-06&Suchergebnisse=1 [в последний раз страница просматривалась 15 июня 2010 г.].

[44] Сравн. *Ryba, R.* Posuzování ústavnosti zákonů z hlediska občanského soudního řízení. [Перевод названия: «*Оценка конституционности законов с точки зрения гражданского судопроизводства*»]. Právní rádce, 1994 г., № 1, с. 8.

арбитрам, т. к. арбитражное разбирательство является разбирательством, на которое распространяются принципы, аналогичные разбирательству в суде, т. е. принцип независимости суда и принцип справедливого судебного процесса. Кроме того, это право помогает арбитрам в аналогичном объеме, т. к. арбитры обязаны толковать закон в соответствии с Конституцией, а в отношении этого основополагающего принципа применения материального права отсутствуют различия между судьей, с одной стороны, и арбитром, с другой стороны».

Аналогичные мнения относительно сущности и целей деятельности арбитров в настоящее время распространены в большинстве развитых стран. Однако следует подчеркнуть, приведенное выше итальянское постановление действительно является новаторским. По мнению автора, речь не идет о том, чтобы арбитрам был предоставлен статус исполнителя государственной власти (как у судьи), скорее, этим подчеркнута функция арбитража в области поиска и применения права, а также подчеркнут характер конституционных принципов, которые проплетены всем спектром правопорядка. В то же время, однако, прозвучали и критические голоса со стороны итальянских арбитров, которые опасаются того, чтобы возможный бурный рост возражений относительно неконституционности толкования и применения норм материального права не внес с собой излишний формализм в арбитраж и возможность для часто необоснованных возражений сторон, направленных на создание препятствий для применения закона. По имеющейся информации, однако, на практике не встречаются значительные тенденции в отношении возможного экстенсивного (злоупотребления) указанной возможностью.

II. Арбитраж и защита основных прав

II.1. ЕСПЧ и арбитраж

ЕСПЧ (Европейский Суд по правам человека) регулярно сталкивается с проблематикой арбитражного разбирательства, которую анализирует в своей практике вынесения решений. Логически арбитраж рассматривается в связи с жалобами на нарушение ст. 6 п. 1 ЕКПЧ.[45] Применение Конвенции, а также конституционных принципов в отношении арбитража, однако, нельзя ограничивать исключительно вопросом *справедливого процесса*. Этот аспект важен, например, и с точки зрения защиты (неприкосновенности) имущества и других основных прав, хотя, например, практика принятия решений ЕСПЧ о нем иногда забывает.[46]

Довольно часто в процессах в ЕСПЧ дается оценка применению и сфере действия ст. 6 п. 1 ЕКПЧ, касающейся деятельности арбитров, а также возможности *отказа* (и его степени) от этих стандартов или же возможности на договорной

---

[45] Сравн. obecně например, *Mikule, V.* Ještě ke správnímu soudnictví a jeho organizaci [Перевод названия: «*Еще раз об административной юстиции и ее организации*»], Právní praxe, 1994 г., № 4, с. 185.

[46] Это не *упущение* со стороны ЕСПЧ. Дело в том, что ЕСПЧ обязан учитывать формулировку жалобы. Таким образом, вину обычно несут стороны, которые часто не видят ряд возможных конституционных связей и связей с другими основными правами. Это, однако, не распространяется на вопросы, связанные с арбитражем.

основе модифицировать их в смысле заключения арбитражного соглашения, а при необходимости также согласовать процедуры проведения арбитражного разбирательства. ЕСПЧ в данном контексте по мере необходимости также уделяет внимание тому, является ли это арбитражным разбирательством *ad hoc* или т. н. институциональным разбирательством,[47] и многим другим вопросам.

Право заключить арбитражное соглашение, а тем самым отказаться от судебной защиты, следует искать, прежде всего, в другой основной свободе, т. е. в свободе волеизъявления.[48] Свободу волеизъявления гарантируют как конституционные кодексы основных прав национального происхождения, так и нормы международного происхождения, прежде всего, ЕСПЧ. Свободу волеизъявления необходимо воспринимать как часть содержания принципов правового государства. Аналогично эту теорию необходимо воспринимать как принципиально определяющую границы исполнения государственной власти в отношении автономной воли личности. В случае столкновения обеих указанных теорий, необходимо из их (хотя и только кажущегося) столкновения всегда сделать такой вывод, который не будет подавлять ни одну теорию. Применимо ли вышеизложенное к столкновению свободной воли (автономии) и неотъемлемости права, всегда необходимо исходить из предпосылки, что волеизъявление личности было сделано свободно и с полным осознанием последствий такого волеизъявления. Только в случае возникновения сомнений в свободе волеизъявления или его цели, необходимо изучить вопрос о том, имел ли место отказ от прав в результате свободного волеизъявления в такой степени, которая недопустима в соответствии с Конституцией. Из закрепленной законом свободы волеизъявления также следует

---

[47] Сравн., например, *Bělohlávek, A.* Rozhodčí řízení ad hoc vs. řízení před stálými rozhodčími soudy a postavení tzv. rozhodčích center. [Перевод названия: «*Арбитраж ad hoc против разбирательства в постоянных арбитражных судах и положение т. н. арбитражных центров*»]. Bulletin advokacie, 2005 г., № 10, с. 54; *Lisse, L.* K právnímu postavení arbitrážních center. [Перевод названия: «*О правовом положение арбитражных центров*»]. Bulletin advokacie, 2006 г., № 1, с. 40; *Pavelka, M.* Rozhodčí řízení před tzv. rozhodčími centry. [Перевод названия: «*Арбитражное разбирательство в т. н. арбитражных центрах*»]. Bulletin advokacie, 2005 г., № 7–8, с. 58; *Vojtěch, T.* K otázce zřizování stálých rozhodčích soudů [Перевод названия: «*К вопросу о создании постоянных арбитражных судов*»]. Právní praxe v podnikání, 1999 г., год изд. 8, № 7, с. 19; *Lachnit, P.* Statut rozhodčího soudu při HK ČR a AK ČR. [Перевод названия: «*Статут Арбитражного суда при Экономической палате Чешской Республики и Аграрной палате Чешской Республики*»]. Daně a finance, 1998 г., № 24, с. 5 и др.

[48] Подробно см. *Bělohlávek, A. et Pezl, T.* Mezinárodní a tuzemské rozhodčí řízení z pohledu ст. 36 listiny základních práv a svobod a pravomocí soudů a ústavou garantovaných práv (Institut zrušení rozhodčího nálezu v souvislosti se zákazem revision au fond). [Перевод названия: «*Международный и внутренний арбитраж с точки зрения ст. 36 Хартии основных прав и свобод, а также компетенций судов и прав, гарантированных Конституции (Институт отмены арбитражного решения в связи с запретом пересмотра revision au fond)*»]. Právník, 2007 г., год изд. 146, № 7, с. 768. Сравн. относительной частичных вопросов *Slováček, D.* Ochrana spotřebitele a rozhodčí doložky. [Перевод названия: «З*ащита прав потребителей и арбитражные оговорки*»]. Bulletin advokacie, 2009 г., № 7–8, с. 46; *Slováček, D.* Rozhodčí řízení a směrnice o nepřiměřených podmínkách ve spotřebitelských smlouvách. [Перевод названия: «*Арбитраж и директива о несправедливых условиях в договорах с участием потребителей*»]. Právní rozhledy, 2010 г., год изд. 18, с. 331 и след., в данном случае с. 332 и др.

право свободно решить, воспользуется ли, и, каким способом данный человек своим правом.[49] Ни один такой шаг человека нельзя в общем виде обозначить как противоречащий принципу неотъемлемости права. Определяя эти основные права и свободы, а также теории их применения, государство обязуется учитывать данные права. В первую очередь, это определение вертикального действия основных прав, т. е. в отношении «*государство - гражданин*».[50] Определение отношений между гражданами (т. н. *горизонтальное действие*), как правило, рассматривается как вторичное. Поэтому невозможно применять общую конституционную теорию к отношению между частными лицами, для определения имеет ли место одновременное нарушение субъективного права одной из сторон другой стороной, и не является ли такое нарушение одновременно предметом разбирательства в компетентном органе государства, предоставляющего защиту правам.[51]

Если совершенно понятно, что подразумевается под неотъемлемостью права, необходимо приступить к анализу, что представляет собой общепризнанное право на обращение в независимый и беспристрастный суд в случае спора. Это гарантия, предоставляемая лицам (как физическим, так и юридическим), обратиться в независимый и беспристрастный суд в порядке, установленном законом, и в целях защиты и/или оспаривания своих прав. Однако это право, а отнюдь не обязанность защищать свои права путем их оспаривания в суде. Одновременно к форуму, который выносит решения по этим правам, предъявляется требование быть независимым и беспристрастным. Не менее важно то, что как использование данного права заинтересованным лицом, так и, прежде всего, его реализация судом обусловлены соблюдением установленного порядка.

Статья 6 п. 1 ЕКПЧ гарантирует право на справедливое и публичное разбирательство дела независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона. Из формулировки ст. 6 п. 1 ЕКПЧ очевидно, что она распространяется только на организации, созданные на основании закона, за решения которых государство может нести ответственность. Очевидно, что для оценки взаимосвязи между правами, закрепленными в ст. 6 п. 1 ЕКПЧ, является решающим фактором то, можно ли решения, вынесенные арбитрами в арбитражном разбирательстве, рассматривать в соответствии с *lex arbitri* и

---

[49] Сравн., например, *Telec, I.* Přirozené právo osobnostní a jeho státní ochrana [Перевод названия: «*Естественное право личности и его государственная защита*»]. Právní rozhledy, 2007 г., год изд. 15, № 1, с. 1–10.

[50] Например, ст. 1 п. 3 Основного закона [DEU] (*Grundgesetz*) (приблизительный перевод, цит.): «*Нижеследующие основные права обязательны для законодательной, административной и судебной власти в качестве непосредственно действующего права*». In: *Klokočka V. et Wagnerová E.* Ústavy států Evropské unie [Перевод названия: «*Конституции государств-членов Европейского Союза*»], Praha: Linde 1997 г., с. 236.

[51] Сравн., например, *Bartoň, M.* Horizontální působení základních práv jako způsob pronikání ústavního práva do práva obyčejného (podústavního) [Перевод названия: «*Горизонтальное действие основных прав как способ проникновения конституционного права в общее право (суб-конституционное)*»], in: *Klíma K.* (ed.) Interpretace práva Ústavními soudy (teoretické reflexe) [Перевод названия: «*Толкование закона Конституционными Судами (теоретический отклик)*»], Сборник теоретического семинара, Plzeň: Aleš Čeněk, 2006 г.

другими национальными нормативными правовыми актами как решения, вынесенные органами публичной власти, то есть органами, которые созданы на основании закона, и, которые по отношению к ЕКПЧ считаются судами. Однако такое толкование можно принять только в отношении границ применения механизмов, которые ЕСПЧ определяет как международные средства для защиты основных прав (прежде всего, возможность обращения в ЕСПЧ в том случае, когда исчерпаны все меры защиты на национальном уровне). Само право на правовую защиту идет гораздо дальше и намного шире. Это право нельзя ограничивать только механизмами, которые (в данном случае в смысле ЕКПЧ) предусматривает ЕСПЧ, или иными правовыми актами как на международном, так и национальных уровнях. Право на правовую защиту следует из самой сущности публичной власти, которая ее реализует тем или иным способом для каждого человека в зависимости от его личного статуса (как правило, гражданства) и/или в зависимости от места, где он проживает или где находится, например, только временно. Однако в отношении отдельных лиц публичная власть имеет также обязанности. Одной из таких обязанностей является предоставление возможности правовой защиты. Публичная власть является не только носителем авторитета, но и носителем обязанностей в отношении лиц, над которыми эту власть реализует. Причем не важно, рассматриваем ли мы публичную власть как соглашение между гражданином и государством, или как нечто, что следует из сущности государства, и в то же время является его основной чертой.

II.2. Различие между правом на судебную защиту и правом на правовую защиту

Необходимо строго различать между правом на судебную защиту и правом на правовую защиту. Право на судебную защиту представляет собой право на обращение в суд или в другой государственный орган. От этого права можно *отказаться* на основании и в объеме договорной автономии, которой конкретный субъект пользуется. От права на правовую защиту нельзя отказаться. Это право означало бы отказ от собственной субъективности, что в современном обществе недопустимо. Значение любого материального права теряет смысл в тот момент, когда отсутствуют процессуальные средства его защиты, т.е. для защиты *путем права*. Заключая арбитражное соглашение, лицо (сторона соглашения) отказывается от права на судебную защиту, т. е. на защиту, предоставляемую публично-правовыми [процессуальными] механизмами. Однако это не отказ от правовой защиты. В результате автономии воли субъект права, заключив арбитражное соглашение, лишь выбрал альтернативу, которую ему предлагает закон, т. е. аналогичное основное право, которое предоставляет возможность требовать судебной защиты. Поэтому государство (публичная власть) не ограничивает право на правовую защиту и предлагает только альтернативы. Воспользуется ли субъект своей автономией или выберет арбитраж, он откажется от права на судебную защиту. Судебная защита как механизм публичного права применяется всегда, если субъект не воспользуется своей автономией и договорной свободой или воспользуется ими таким способом, который закон не предусматривает (как правило, в неразрешенном диапазоне или способом, который по другим причинам является недействительным и неэффективным). Однако это означает, что арбитраж является поиском и применение права не является лишь поиском

соглашения или содержания соглашения между сторонами. Тем не менее, вполне естественно, что государство не может нести ответственность за способ предоставления правовой защиты механизмами частного права (арбитраж).[52] Хотя арбитры и арбитражные суды не являются органами публичной власти, они представляет собой инструмент правовой защиты. Поэтому это механизм, которым на основании способа, предусмотренного законом, одновременно осуществляется поиск права, определяется его содержание, а также применяется к установленным фактам.

Наконец, следует отметить, что некоторые национальные регулирования (*lex arbitri*) даже буквально допускают возможность согласовать отказ от права на отмену арбитражного решения в суде. Кроме того, такой вариант не является исключением в национальных регулированиях. Это всего лишь проявление уважения к свободной автономии личности. Однако даже в этом случае речь не идет об отказе от права на правовую защиту, а всего лишь подчеркивается договорная автономия как составная часть автономии воли с большим акцентом на ответственность личности за свои правовые действия (свое поведение). Эта возможность, как правило, связана с условием, что речь идет о международном разбирательстве, т. е., где выступает иностранный субъект по отношению к государству, на территории которого, ведется разбирательство. Это вполне логично, поскольку государство (публичная власть) имеет значительно меньшую степень ответственности за исполнение своих обязательств в отношении лиц в делах с таким международным элементом.

II.3. Применимость ст. 6 п. 1 ЕКПЧ к арбитражу

Принципы, содержащиеся в т. н. доктрине справедливого судебного разбирательства в соответствии со ст. 6 п. 1 ЕКПЧ, согласно некоторым национальным регулированиям не обязательно применять[53] к арбитражным разбирательствам или к арбитражным разбирательствам они применяются только в ограниченной степени. Это также выражение автономии и в то же время выражение ответственности за свои собственные действия.

Относительно права на справедливое судебное разбирательство уместно исходить из основной базы практики принятия решений ЕСПЧ. Из документов судебной практики ЕСПЧ или же Европейской комиссии по правам человека следует, что если арбитраж проводится на основании добровольного решения сторон, то на такое разбирательство не распространяется ст. 6 п. 1 ЕКПЧ; деятельность арбитров не может быть отнесена на счет государства. По мнению ЕСПЧ, государство (публичная власть) не несет ответственность за проведение

---

[52] Сравн., например, Постановление ЕСПЧ рег. № 10881/84, от 4 марта 1987 г. (по делу *Рихетский* против *Швейцарии*).

[53] См. постановление ЕСПЧ по делу *Suovaniemi et al*. против *Финляндии*, № 31737/96 (цит.): «[…] *A distinction may have to be made even between different rights guaranteed by Article 6. Thus in the light of the case-law It is clear that the right to a public hearing can be validly waived even in court proceedings* […] *The same applies a fortiori, to arbitration proceedings, one of the very purposes of which often to avoid publicity.*[…]»

арбитражного суда в случае наделения арбитров компетенцией, основанной на свободном волеизъявлении сторон. Это не означает, что, по крайней мере, *основные принципы* справедливого судебного разбирательства в арбитраже могут не встречаться. Однако необходимо, в том числе и в соответствии с практикой принятия решений ЕСПЧ, их рассматривать как основные границы. Однако, по мнению автора, ошибочным является мнение, что ст. 6 п. 1 ЕКПЧ на арбитраж не распространяется. Дело в том, что она не распространяется на арбитраж с формальной точки зрения, если речь идет о механизмах, которые ЕКПЧ регулирует в целях внедрения права на справедливое судебное разбирательство в отношении государств, подписавших данную Конвенцию. Право на справедливое судебное разбирательство является не только предметом ЕКПЧ, это общая концепция собственного развитого правового общества. Если предметом ст. 6 п. 1 ЕКПЧ является основной объем права на справедливое судебное разбирательство, то невозможность прямого применения механизмов ЕКПЧ к арбитражу не означает, что основные принципы справедливого судебное разбирательства не должны применяться и в арбитраже. Это означает лишь то, что механизмы, предусмотренные в ЕКПЧ как в норме международного права, не применяются к *добровольному арбитражному разбирательству*. Таким образом, заключение арбитражного соглашения не означает отказ от права на справедливое судебное разбирательство. Хотя процессуальные механизмы по ЕКПЧ не применяются напрямую к арбитражу, документы судебной практики ЕСПЧ представляют собой важный эталон для оценки основных принципов справедливого судебного разбирательства, т. е. и тех принципов, которые должны соблюдаться в арбитражном процессе.

Хотя практика принятия решений ЕСПЧ напрямую не действует на арбитров, основные рамки судебных взглядов на *справедливое судебное разбирательство* в судах многих стран адекватно декларируются. Это происходит как в европейских странах, так и во многих странах за пределами Европы, которые используют документы судебной практики ЕСПЧ в качестве важного критерия международной практики. На документы судебной практики ЕСПЧ в связи с арбитражным разбирательством ссылался, например, Верховный Апелляционный Суд[54] Южной Африки в деле *Telcordia Technologies Inc.* (Delaware) против *Telkom SA*. Это было разбирательство в Международном арбитражном суде ICC (с местом разбирательства в Южной Африке), в котором спор рассматривался и разрешался английским *барристером* в качестве единственного арбитра. Южноафриканский суд отменил его решение в связи с т. н. *gross irregularities*, т.е. со значительным противоречием конформному применению права. В то же время, этот же суд отозвал единоличного арбитра и заменил его трехчленным составом суда, состоящим из отставных южноафриканских судей. Основная причина такой процедуры заключалась в несогласии с решением по существу. Верховный Суд Южной Африки (в данном случае как суд апелляционной инстанции), однако, решение суда первой инстанции отменил и постановил, что такая процедура противоречит принципу автономии сторон в арбитражном разбирательстве.[55] Такое мнение Верховный Суда назвал составной частью мировой практики и соблюдающим международные обычаи и эрудицию

---

[54] The Supreme Court of Appeal of South Africa.

[55] Сравн. *Christie, R. H.* Arbitration: Party Autonomy or Curial Invervention – The Historical Background. 111 South African Law Journal, 1994 г., год изд. 111, с. 143.

иностранных и международных составов судов. В то же время, он подчеркнул интерес к поддержке международной торговой системы, который в отношении урегулирования споров должен быть предсказуемым. Одновременно он отметил, что одним из международных признанных стандартов является автономия форума и минимизация судебного вмешательства.

Что касается требований на справедливый судебный процесс в арбитраже, уместно обратиться к многочисленным и исторически обусловленным документам судебной практики некоторых стран. Особое внимание следует обратить, например, на Австрию, которая имеет одну из самых стабильных систем в области арбитража, характеризующуюся высоким уровнем поддержки данного способа разрешения споров с большим объемом документов судебной практики (очевидно, единственным минусом является многоуровневое судебное разбирательство об отмене арбитражного решения).[56] Автор считает австрийское регулирование даже более благоприятным для арбитража, чем в Швейцарии, которая в литературе указывается как наилучшее место для дислокации арбитража (место / местонахождение арбитража). Это очень стабильная система, где отсутствуют неожиданные решения, которые иногда встречаются в швейцарских документах судебной практики (а также в документах судебной практики английских и французских судов, хотя Англию и Францию также часто выбирают как страны для проведения разбирательства). В то же время австрийская система очень сбалансированная. Поэтому в австрийских документах судебной практики часто можно найти долгосрочный стандарт справедливого судебного процесса в арбитраже,[57] особенно для применения

---

[56] В Европе одноступенчатые системы рассмотрения заявление об отмене арбитражного решения введены только в Болгарии и Швейцарии. Обе страны имеют очень хороший опыт в этой области.

[57] См., например, следующие постановления OGH [AUT] (Верховного Суда Австрии – *Oberstes Gerichtshof*):

- Постановление от 3 мая 1899 г.: Арбитр должен лично заслушать стороны и не имеет право уполномочить для этого третье лицо. Источник: *Riegler, S., Petsche, A., Fremuth-Wolf, A., Platte, M. et Liebscher, Chr.* Arbitration Law of Austria: Practice and Procedure (2007), с. 248 (этот источник далее в данном применении цитируется как «*Riegler et al.* Arbitration Austria»).
- Постановление от 26 февраля 1901 г.: Нет необходимости вести устное слушание, если сторонам предоставлена возможность высказать [иным способом]. Источник: GIUNF, с. 1304.
- Постановление от 20 ноября 1934 г.: Не является нарушением права на слушание (право высказаться по делу), если состав арбитражного суда в полном объеме не проверит фактические обстоятельства. Источник: Rsp, 1935 г., № 10.
- Постановление рег. № 3 Ob 402/37 от 9 июня 1937 г.: Стороны арбитражного соглашения могут договориться о том, если устные слушанья будут или нет. Если такое соглашение отсутствует, решение о возможном проведении устного слушания примет состав суда: EvBl, 1937 г., с. 722.
- Постановление рег. № 2 Ob 344/51 от 21 ноября 1951 г.: (i) Простое сообщение, содержащее время и место устного слушанья, достаточно гарантирует право на справедливое судебное разбирательство; нет необходимости вызывать стороны. (ii) Тот факт, что сторона не была информирована об одном или нескольких сроках устных слушаний, является нарушением права на справедливое судебное разбирательство только в том случае, если другая сторона устных слушаний принимала участие, а отсутствующей стороне не была предоставлена возможность ответить на заявление той стороны, которая участвовала в устном слушании. (iii) Нет необходимости, чтобы декламации сторон участвовали одновременно все члены состава арбитражного суда; достаточно, если присутствовал даже один из членов арбитражного суда. Источник: *Riegler et al.* Arbitration Austria, ор. цит., с. 556.
- Постановление рег. № 2 Ob 422/54 от 13 января 1955 г.: В допрос свидетелей также может участвовать один из членов состава суда. Источник: JBl, 1955, с. 503.

чешского *lex arbitri*, который в момент своего образования широко цитировал именно австрийскую модель. Однако необходимо отметить, что, например, швейцарская практика также располагает обширными документами судебной практики.[58] Однако они не являются настолько сбалансированными, как австрийская практика принятия решений. Объем поддержки арбитража в конкретной стране нельзя рассматривать только количественно в зависимости от того, сколько арбитражных решений суды аннулируют или сколько арбитражных решений в этой стране было признано и приведено в исполнение. Выводы необходимо делать только на основании тщательного анализа таких решений и на основе того, насколько эффективно право, способное защитить стороны до возникновения реальных эксцессов.

- Постановление рег. № 7 Ob 623/81 от 24 сентября 1981 г.: Арбитр должен информировать стороны о любых изменениях в обстоятельствах дела. В случае необходимости стороны должны иметь возможность принять участие в доказывании и высказаться о нем. Источник: EvBl, 1982 г., с. 77.
- Постановление рег. № 2 Ob 516/84 от 29 февраля 1988 г.: Судьи могут выбрать председателя состава суда по жребию. Источник: *Riegler et al.* Arbitration Austria, op. цит., с. 248.
- Постановление рег. № 3 Ob 1091/9 от 27 ноября 1991 г.: Не является нарушением права на возможность высказаться, а, следовательно, и права на справедливое судебное разбирательство, если состав суда игнорирует предложение доказательств или если полностью не проверит обстоятельства дела. Нарушение права, однако, имеет место, если оно опирается на нахождение обстоятельств и доказательств, относительно которых стороны имели возможность высказаться. Источник: RZ, 1993, с. 65.
- Постановление рег. № 3 Ob 2374/96f от 20 ноября 1996 г.: (i) Тот факт, что на стороне истца как участника арбитража, которым является коммандитное товарищество (*товарищество на вере / Kommanditgesellschaft*), против полного товарища, несущего неограниченную ответственность (*комплементария / Komplementär*) как ответчика, не участвовал также полный товарищ, несущий ограниченную ответственность, не является нарушением права товарищества (как стороны) на надлежащее слушанье (на справедливое судебное разбирательство); такое право всего лишь идет на пользу самой стороне в разбирательстве, а отнюдь не их товарищам или лицам, действующим от имени товарищества. (ii) Соблюдение справедливого процесса необходимо оценивать с точки зрения резолютивной части решения, а не на основании его мотивировочной части. Опубликовано в: RZ, 1997 г., с. 72.
- Постановление рег. № 6 Ob 186/97i от 24 июля 1997 г.: (i) Если сторона в ходе разбирательства не возражала против факта, что постоянный арбитражный суд прекратил свое существование, такое возражение нельзя использовать как довод для отмены арбитражного решения. (II) Недостаточная оценка фактических обстоятельств и правового состояния, а также заявлений сторон, не является нарушением справедливого процесса. Источник: RdW, 1998 г., № 19.
- Постановление рег. № 7 Ob 221/98w от 10 декабря 1998 г.: Право быть выслушанным по делу (право высказаться) может быть также предоставлено обратно в разбирательстве об отмене арбитражного решения. Источник: RdW, 1999 г., с. 206.
- Постановление рег. № 3 Ob 35/05a от 31 марта 2005 г.: Не является нарушением справедливого процесса, если арбитр отклонит ходатайство на проведение доказывания или если фактические обстоятельства не были в достаточной мере установлены. Источник: *Riegler et al.* Arbitration Austria, op. цит., с. 380.
- Постановление рег. № 2 Ob 41/04z от 17 марта 2005 г.: Соглашение о назначении арбитров, согласно которому только одна сторона имеет право назначить председателя состава арбитражного суда в том случае, если стороны не договорятся относительно председателя, и, если председателя не избирают другие члены состава арбитражного суда, нарушает ст. 6 п. 1 ЕКПЧ и, следовательно, является недействительным. Источник: JBl, 2005 г., с. 801.

[58] См., например, решения Федерального суда Швейцарии, согласно которому гарантии, вытекающие из ст. 58 федеральной Конституции [CHE] и ст. 6 п. 1 ЕКПЧ, распространяются не только на государственные суды, но и на частные арбитражные суды, решения которых соответствуют (в области оказания проходимости праву) решениям государственных судов, а тем самым, с учетом их юридической силы и исполнимости, они ставятся на один уровень. Поэтому они должны предоставлять гарантию независимого поиска права. Опубликовано в: ATF/BGE 117 Ia 166, JdT 1992 I 212, ASA Bulletin 259 (1992), RDSIE, 1993 г., с. 187. Это мнение было повторно использовано в следующем решении [CHE], опубликованном in: ATF 119 II 271, 3b, а также в решении, опубликованном in: ATF 112 Ia 166.

РУКОВОДЯЩИЕ ПРИНЦИПЫ МАЮ ОТНОСИТЕЛЬНО ПРЕДСТАВИТЕЛЬСТВА СТОРОН В МЕЖДУНАРОДНОМ АРБИТРАЖЕ

Dr. Галина Жукова[*] (Франция),

адвокат парижского офиса юридической White&Case LLP,
член Латвийской Адвокатуры и Парижской Коллегии Адвокатов,
Доцент, Рижская Высшая школа права

Принятие Международной ассоциацией юристов (“МАЮ”)Руководящих принципов относительно представительства сторон в международном арбитраже[1] (“Руководящие принципы” или “Принципы”) является, по всей вероятности, одной из главных новостей мира международного арбитража в 2013 году. Ниже предлагается краткий обзор Принципов.

О МАЮ и Арбитражном комитете МАЮ

Международная ассоциация юристов[2] была основана в 1947 году и на сегодняшний день является ведущей в мире организацией международных юристов, коллегий адвокатов и юридических обществ. Одним из основных направлений деятельности организации является содействие в разработке правовых норм международного характера. Более пятисот тысяч адвокатов и более двухсот коллегий адвокатов и юридических обществ числятся в рядах МАЮ.

В рамках МАЮ работу ведут порядка 80 комитетов. Арбитражный комитет, один из самых популярных и активных в системе МАЮ,в настоящее время насчитывает более 2 500 членов из 115 стран. В центре внимания комитета находятся вопросы законодательства, практики и процесса, касающиеся разрешения международных споров путем арбитража. Обмен информацией ведется посредством публикаций и конференций, главной из которых является конференция под названием “Ежегодный Арбитражный день МАЮ”.Комитет учредил ряд постоянных подкомитетов и при необходимости создает рабочие группы для рассмотрения определенных вопросов.

МАЮ наиболее известна как автор рядаправил и руководящих принципов, направленных на эффективное проведение международных арбитражных процессов.К таким правилам и руководящим принципам относятся следующие документы:

1. Руководящие принципы МАЮ относительно конфликта интересов в международном арбитраже (EN: IBA GuidelinesonConflictsofInterestin International Arbitration), принятые в 2004 году. В настоящее время ведется работа над новой версией этого документа;
2. Правила МАЮ по получению доказательств в международном арбитраже (EN: IBA RulesontheTakingofEvidencein International Arbitration), последняя редакция которых была принята в 2010 году;

---

[*]Данная статья отражает лишь точку зрения автора, и не связывает ею представляемые организации.

[1] Руководящие принципы МАЮ относительно представительства сторон в международном арбитраже (на русском и других языках): http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#partyrep).

[2] См.http://www.ibanet.org/.

3. Руководящие принципы МАЮ по составлению международных арбитражных оговорок (EN: IBA GuidelinesforDrafting International ArbitrationClauses), принятые в 2010 году; и, наконец,

4. Руководящие принципы МАЮ относительно представительства сторон в международном арбитраже (EN: IBA GuidelinesonPartyRepresentationin International Arbitration), принятые в 2013 году.

При согласии на применение таких правил и руководящих принципов сторонами спора, а также в случае, если состав арбитража сочтет необходимым их применение, они могут помочь заполнить пробелы в применяемых арбитражных регламентахи в национальных нормах в отношении вопросов процессуального характера. Эти правила и принципы также направлены и на достижение более высокой цели – становлениенаилучших практик и стандартов универсального применения в сфере международного арбитража.

Руководящие принципы МАЮ относительно представительства сторон в международном арбитраже[3]

Логический вопрос – какую цель преследовали авторы документа, для чего понадобился такой документ?[4] Ответ прост и, можно сказать, налицо: отсутствие свода правил, регламентирующих поведение сторон и их представителей в контексте *международного арбитража*.[5]

Так, в судебном процессе, как правило, представители всех сторон являются членами одной и той же коллегии адвокатов и, соответственно, связаны одними и теми же правилами, регулирующими их профессиональную деятельность, которые также хорошо известны судьям. В международном арбитраже представители сторон, в силу их членства в профессиональных ассоциациях различных стран, зачастую связаны разными правилами деонтологии. К тому же, члены состава арбитража, выходцы из различных юрисдикций, могут быть не знакомы с таким широким спектром правил. Дополнительная сложность может быть, когда сторону представляет команда, включающая в себя адвокатов/юристов из разных юрисдикций или адвоката,допущенного к практике в нескольких юрисдикциях.

К тому же, на сегодняшний день правила и нормы, применимые к представительству сторон в международном арбитраже, могут включать нормы права страны представителя стороны, страны места арбитража и страны места

---

[3] В общем об этике в международном арбитраже см., например, R. DoakBishop, AdvocacyandEthicsin International Arbitration: Ethicsin International ArbitrationinAlbertJanvandenBerg (ed.), ArbitrationAdvocacyin ChangingTimes, ICCA CongressSeries, 2010 Rio 15 (KluwerLaw International 2011) pp. 383-390.

[4] С критическим обзором Руководящих принципов можно ознакомиться в статье Michael E. Schneider, President'sMessage: YetanotherOpportunitytoWasteTimeandMoneyonProceduralSkirmishes: The IBA GuidelinesonPartyRepresentation, ASA Bulletin (KluwerLaw International 2013 Volume 31 Issue 3) pp. 497-501.

[5] В общем контексте свода правил поведения для юристов можно упомянуть Принципы МАЮ поведения для юристов (EN: IBA PrinciplesonConductfortheLegalProfession), одобренные в 2011 году; Международный кодекс этики МАЮ 1988 года (EN: IBA PrinciplesonConductforthe LegalProfession),изначально одобренные в 1956 году и замененные Принципами МАЮ поведения для юристов 2011 года; Кодекс поведения для юристов Совета коллегий адвокатов и юридических сообществ Европы (EN: CCBE CodeofConduct), одобренный в 2006 году; и Директива ЕС 98/5/CE, направленная на упрощение порядка реализации адвокатами права заниматься адвокатской деятельностью на постоянной основе в государстве-члене, ином, чем то, в котором статус адвоката был первоначально приобретён.

физического проведения слушаний. Неопределенность в определении свода применимых правил и выявила необходимость поиска решения.

Работа надразработкой документа началась в 2008 году, когда была утверждена Рабочая группа Арбитражного комитета МАЮ в составе 23 человек.[6] Одной из первых задач Рабочей группы было выяснить“*могут ли такие различные нормы и практика подорвать фундаментальные принципы справедливости и объективности международного арбитражного производства, и смогут ли международные руководящие принципы относительно представительства сторон в международном арбитраже помочь сторонам, юристам и арбитрам*.”В 2010 году был проведен соответствующий опрос, и большинство респондентов высказалось в поддержку разработки Принципов. Проект подготовленного Рабочей группой документа был передан на обсуждение всех участников Арбитражного комитета МАЮ осенью 2012 года.Руководящие принципыбыли одобрены Советом МАЮ 25 мая 2013 года.

Важно отметить название документа – это “руководящие принципы”, а не правила или нормы. Рассматриваемый документ носит *договорной* характер и не направлен на умаление значимости или сферы применения применяемых национальных правил, норм и положений арбитражных регламентов,или на ограничение гибкости арбитражного процесса. Руководящие принципы должны применяться *только* по соглашению сторон и (или) при наличии соответствующего решения состава арбитража.

Руководящие принципы предлагают широкое определение термина “представитель стороны”:

“*«Представитель Стороны» или «Представитель» означает любое лицо, в том числе сотрудника Стороны, которое действует в арбитраже от имени Стороны и представляет заявления, аргументы или объяснения Составу арбитража от имени такой Стороны, кроме как в качестве Свидетеля или Эксперта, и независимо от его юридической квалификации или членства в Национальной ассоциации юристов*”.

Таким образом, Принципы применимы не только к адвокатам и юристам, представляющим стороны, но и *сотрудникам* самих сторон, участвующих в процессе, за исключением тех сотрудников, которые выступают в процессе в роли свидетеля или эксперта.

Руководящие принципы поясняют, что так как представитель стороны действует от имени назначившей его/ее стороны, то обязательства или обязанности представителя стороны являются обязательствами или обязанностями стороны, которую он или она представляет, и которая, в конечном счете, может нести последствия неправомерных действий своего представителя.

Согласно Преамбуле кРуководящим принципам,

“*Руководящие принципы* […] *основываются на постулате, что представители сторон будут действовать порядочно и добросовестно, и что не будут предпринимать действия, направленные на необоснованное затягивание или увеличение расходов, в том числе прибегать к тактикам, направленным на препятствование арбитражному разбирательству*.”

---

[6] Председателем Рабочей группы была назначена ДжулиБедард, адвокат юридической фирмы Скадден, Арпс, Слейт, Мигер и Флом ЛЛП (Нью-Йорк), а сопредседателями - Алексис Мур, партнер юридической фирмы КасталдиМур и Партнеры (Париж), и ЭдуардоЗулета, партнер юридической фирмы Гомес-ПинзонЗулета (Богота).

Структура

27 принципов распределены между семью разделами:

Раздел 1: Сфера применения Руководящих принципов
Раздел 2: Представительство Сторон
Раздел 3: Общение с Арбитрами
Раздел 4: Заявления, адресованные Составу арбитража
Раздел 5: Обмен и раскрытие информации
Раздел 6: Свидетели и Эксперты
Раздел 7: Корректирующие меры при Ненадлежащем поведении

Каждый раздел включает ряд комментариев к соответствующим принципам.

Раздел 1: Сфера применения Руководящих принципов(принципы 1-3)

"*1.Руководящие принципы применяются в тех случаях и в той степени, в которой Стороны договорились об этом, или если после консультаций со Сторонами, Состав арбитража желает применить их после того, как он установил, что имеет право выносить решения по вопросам представительства Сторон для обеспечения объективности и справедливости арбитражного разбирательства*."

Стороны вправе договориться о применении Руководящих принципов в любом объеме и в любоевремя – как при составлении договора и арбитражной оговорки,так и после возникновения спора,например, в случае процесса по Арбитражному регламенту ICC (EN: International Chamber of Commerce), в Акте о полномочиях. Такой подход полностью отвечает "договорному" характеру арбитража.

Руководящие принципы признают такое право и за составом арбитража в целях "*обеспечения объективности и справедливости арбитражного разбирательства*". Однако, важно отметить, что состав арбитража может принять решение в пользу применения Руководящих принципов только после того, как он установит, что имеет право выносить решения по вопросам представительства сторон. Обязательным требованием является также заслушивание мнений сторон по этому вопросу – в соблюдение принципа надлежащей правовой процедуры (EN: due process).Руководящие принципы не устанавливают наличие полномочий состава арбитража на вынесение таких решений – этот вопрос остается в компетенции самого состава арбитража,который, в надлежащих случаях, должен уделить особое внимание имеющим отношение к делу правилам профессиональной этики. Так, принцип 3 гласит, что "*Руководящие принципы непредназначены заменить применимы еобязательные положении язаконодательства, профессиональны хил идисциплинарны хправил, или согласованных арбитражных регламентов по вопросам представительства Сторон.*"

Раздел 2: Представительство Сторон(принципы 4-6)

Руководящие принципы устанавливают обязанность представителя стороны при первой же возможности представить себя в качестве такового всем вовлеченным в процесс сторонам и членам состава арбитража, а также незамедлительно информировать о любом изменении в таком представительстве(принцип 4).

За этим общепринятым правилом следуют два дополнительных принципа, которые, вероятно, не вызовут безоговорочный энтузиазм у всех членов международного арбитражного сообщества:

"*5. После формирования Состава арбитража лицо не должно принимать назначение Представителем Стороны в арбитраже, если между этим лицом и Арбитром существуют отношения, создающие конфликт интересов, кроме*

случаев, когда ни одна из Сторон не возразит против этого после надлежащего раскрытия информации о таких отношениях.

6. Состав арбитража может, в случае нарушения Руководящего принципа 5, принять меры, необходимые для обеспечения объективности арбитражного разбирательства, в том числе отстранить нового Представителя Стороны от участия во всем или части арбитражного разбирательства."

Настоящие принципы направлены на борьбу с ситуациями, когда новый представитель стороны вступает в дело на продвинутой стадии разбирательства и таким образом создает конфликт интересов, который, нередко, "вынуждает" арбитра согласиться с требованием об отводе и/или подать самоотвод.В какой-то степени можно утверждать, что включение данных положений в текст Руководящих принципов является реакцией на решения составов арбитражей в инвестиционных спорах *HrvatskaElektroprivreda*(от 2008 года)и *Rompetrol*(от 2010 года) в отношении дисквалификации представителя стороны.[7]

Применительно к арбитрам данный вопрос регулируется также Руководящими принципами МАЮ относительно конфликта интересов в международном арбитраже. Согласно данным Принципам перед тем, как принять назначение, арбитр должен, например, проверить наличие следующих возможных конфликтов в отношении представителей сторон и раскрыть их сторонам:

"*2. Красный Перечень, отказ от применения которого допускается*

2.3 Связь арбитра со сторонами или представителями.

2.3.2 Арбитр в настоящее время представляет интересы юриста или юридическую фирму, действующего(ую) в качестве представителя одной из сторон.

2.3.3 Арбитр является юристом той же юридической фирмы, что и представитель одной из сторон.

2.3.8Арбитр является членом семьи одной из сторон[…]*либо членом семьи представителя одной из сторон.*

3. Оранжевый Перечень

3.3 Связь между арбитром и другим арбитром или представителем.

3.3.2 Арбитр и другой арбитр или представитель одной из сторон являются членами одного адвокатского образования.

3.3.3 Арбитр в течение последних трех лет являлся партнером или был иным образом связан с другим арбитром или любым из представителей, участвующих в том же арбитраже.

3.3.5 Член семьи арбитра является партнером или работником юридической фирмы, представляющей одну из сторон, но не участвует в работе по данному спору.

3.3.6 Существуют тесные дружеские отношения между арбитром и представителем одной из сторон, о чем свидетельствует тот факт, что арбитр и представитель регулярно проводят вместе значительное время, причем это не связано с их профессиональными рабочими обязанностями или деятельностью профессиональных или общественных организаций или объединений.

3.3.7 Арбитр в течение последних трех лет более трех раз назначался одним и тем же представителем или одной и той же юридической фирмой.

4. Зеленый Перечень

4.4 Контакты с другим арбитром или представителем стороны.

---

[7]*HrvatskaElektroprivredad.d.* v. *Republic of Slovenia* (ICSID Case No. ARB/05/24) и *Rompetrol Group N.V.* v. *Romania* (ICSID Case No. ARB/06/3).

4.4.2 Арбитр и представитель одной из сторон или другой арбитр ранее выступали совместно в качестве арбитров или сопредставителей.”

Требования о проверке интересов и раскрытии возможных конфликтов интересов не выдвигались ранее в отношении представителей сторон, хотя и содержались применительно к сторонам.[8]Руководящие принципы в определенной степени восполняют этот пробел.

Раздел 3: Общение с Арбитрами(принципы 7-8)

Руководящие принципы устанавливают границы между допустимым общением представителя стороны с членами состава арбитража (например, встретившись на конференции или в рамках одной и той же профессиональной организации) и тем, что будет сочтено недопустимым.

Общее правило, установленное этим разделом, это исключение любого общения *ex parte* представителя стороны с составом арбитража по вопросам арбитража, т.е. “*по существу спора*”(принцип 8(d)). В этом отношении Руководящие принципызакрепляют уже сложившуюся практику. Например, такое общение запрещено согласно Кодексу этики Американской ассоциацией юристов[9]и Практическому руководству Королевского института арбитров.[10]Тем не менее, ничто не запрещает сторонам вместе проводить интервью арбитра, так как в это случае не будет общения *ex parte*.[11]

В отличие от запрета общения по существу спора, Руководящие принципы предусматривают возможность общения *ex parte* представителя стороны с *потенциальным* арбитром, т.е., арбитром, чье назначение еще не утверждено официально:

“*8. Представитель Стороны может общаться* exparte *в следующих случаях:*

(a) Представитель Стороны может общаться с Арбитром, который потенциально может быть назначен Стороной, для определения его или ее компетентности, опыта, способности, наличия времени, желания принять назначение и наличия потенциальных конфликтов интересов.

(b) Представитель Стороны может общаться с Арбитром, который потенциально может быть назначен или уже назначен Стороной, с целью выбора Председателя.

(c) Представитель Стороны может, если Стороны согласны с тем, что такое общение является допустимым, общаться с потенциальным Председателем для того, чтобы определить его или ее компетентность, опыт, способность, наличие времени, желание принять назначение и наличие потенциальных конфликтов интересов.

---

[8]Руководящие принципы МАЮ относительно конфликта интересов,принципы 7 (а) и (б).

[9]AmericanBarAssociation: TheCodeofEthicsforArbitratorsinCommercialDisputes (2004), Canon III B (1)(b): “Anarbitratororprospectivearbitratorshouldnotdiscuss a proceeding with any party intheabsence of anyotherparty, except […]: (1) Whentheappointmentof a prospectivearbitratorisbeingconsidered, the prospectivearbitrator: (b) […]mayreceiveinformationfrom a party ori tscounsel disc losing the general nature of thedisputebutshouldnotpermitthemtodiscussthemerit soft hecase”. http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/dispute/commercial_disputes.authcheckdam.pdf.

[10]CharteredInstituteofArbitrators: PracticeGuideline 16: TheInterviewingofProspectiveArbitrators, point (9): “Thefollowingmaynotbediscussedeitherdirectlyorindirectly: […] (iii) themeritsofthecase”. http://www.ciarb.org/information-and-resources/Practice%20Guideline%2016%20April2011.pdf.

[11] См., напр., CharteredInstituteofArbitrators: PracticeGuideline 16, *ibid.*, пункты 4 и 7.

(d) В то время как общение с Арбитром, который может быть потенциально назначен Стороной, или потенциальным Председателем может включать в себя общее описание спора, Представитель Стороны не должен спрашивать мнения Арбитра, который потенциально может быть назначен Стороной, или потенциального Председателя по существу спора.”

Далеко не все правовые системы и культуры допускают общение*ex parte* между адвокатами сторон и арбитрами, даже ограниченного указанными выше рамками. Обобщая, можно сказать, что такая практика широко распространена в странах с общей системой права (EN: common law). Так, например, согласно исследованию “Текущая и предпочтительная практика в арбитражном процессе”, проведенномув 2012 году Школой Международного Арбитража при университете Куин Мэри и фирмой Уайт энд Кейс,[12] две трети респондентов проводили интервью с потенциальным арбитрами или были интервьюированы в целях возможного назначения. Опыт такого общения был у 87% респондентов из Северной Америки, 70% респондентов из Латинской Америки и 67% респондентов из Западной Европы. Меньше опыта в этом отношении было у респондентов из Африки и Среднего Востока (48%). 86% респондентовответили, что считают такие собеседования уместными или уместными время от времени, и лишь немногие респонденты посчитали такие собеседования неуместными (12%).[13]

Согласно тому же исследованию, 74% респондентов считают, что обмен мнениями между стороной и арбитром относительно избрания председателя состава арбитража в целом уместен. Такая практика более распространена в Западной Европе и Северной Америке (80%), чем в Азии и Латинской Америке (60%).[14]

Раздел 4: Заявления, адресованные Составу арбитража(принципы 9-11)

Основной постулат этого раздела – это обязанность представителя стороны быть честным и порядочным по отношению к составу арбитража. Такая обязанность включает в себя следующие аспекты:

1) представитель стороны не должен/на представлять составу арбитража заведомо ложные заявления о фактах(принцип 9).

Необходимо подчеркнуть, что данное положение Руководящих принципов относится только к фактам и, как таковое, не затрагивает заявления в отношении права и правовых позиций/юридических доводов сторон спора. Хоть сама по себе такая формулировка принципа достаточно бесспорна, она влечет за собой ряд вопросов. Например, может ли представитель стороны / этично ли для него/нее строить свою аргументацию на явно недействительной правовой теории? Как поступать в тех правовых системах, где, в частности, бремя доказывания применяемого права рассматривается как фактический, а не как правовой вопрос?Хоть Руководящие принципы и не содержат никаких положений в этом отношении, они, конечно, не могут быть интерпретированы как одобряющими такое поведение;

2) представитель стороны должен/нанезамедлительно исправить поданное заявление в отношении фактов, если он/а узнал/а о том, что оно содержит

---

[12]TheSchoolof International ArbitrationatQueenMary, UniversityofLondonandWhite&Case: The 2012 International ArbitrationSurvey: CurrentandPreferredPracticesintheArbitralProcess, http://arbitrationpractices.whitecase.com/.

[13]*Ibid.*, p. 6.

[14]*Ibid.*, p. 9.

ложную информацию, если только этому не препятствуют соображения конфиденциальности и профессиональной привилегии(принцип 10);

3) представитель стороны не должен/напредставлятьсодержащую ложную информацию доказательства, например,показания свидетеля или эксперта (принцип 11). Из этого логически следует, что представитель стороны не должен помогать свидетелю или эксперту в разработке доказательств, несущих ложную информацию,или побуждать свидетеля или эксперта к даче ложных показаний.При обнаружении ложной информации в показаниях свидетеля или эксперта, представитель стороны должен/на незамедлительно уведомить представляемую им/ею сторону о необходимости исправления ситуации и о последствиях неосуществления этого, и

"*11.*[…]*В зависимости от обстоятельств и при условии принятия во внимание препятствующих этому факторов конфиденциальности и профессиональной привилегии, Представителю Стороны следует незамедлительно предпринять меры по исправлению ситуации, которые могут включать в себя одно или несколько следующих действий:*

(a) информировать Свидетеля или Эксперта о необходимости предоставления правдивых показаний;

(b) принимать разумные меры для сдерживания Свидетеля или Эксперта от дачи ложных показаний;

(c) убедить Свидетеля или Эксперта исправить или отозвать ложные показания;

(d) исправить или отозвать ложные показания;

(e) отказаться представлять Сторону, если этого требуют обстоятельства."

Этот список не является исчерпывающим, а только лишь наглядным, и, при необходимости, представитель стороны вправе предпринять другие меры по своему усмотрению.

Раздел 5: Обмен и раскрытие информации(принципы 12-17)

Объем предоставления документов регулируется Правилами МАЮ по получению доказательств в международном арбитраже. Так, например, статьи 3 и 9 этого документа предусматривают:

"*Статья 3. Документы*

1.В пределах установленного Составом арбитража срока каждая Сторона представляет Составу арбитража и другим Сторонам все имеющиеся в ее распоряжении Документы, на которые она ссылается, включая официальные Документы и Документы из открытых источников, за исключением Документов, уже представленных другой Стороной.

Статья 9. Допустимость и оценка доказательств

Состав арбитража определяет допустимость, относимость, существенность и вездоказательств."

В свою очередь,Руководящие принципы касаются поведения представителей стороны в связи с предоставлением документови предназначены содействовать принятию объективно разумных мер для сохранения, поиска и предоставления документов, которые сторона обязана раскрыть. В частности, Руководящие принципы предусматривают:

"*12. Если арбитражное разбирательство предполагает или возможно будет предполагать предоставление Документов, Представителю Стороны следует проинформировать клиента о необходимости сохранения, насколько*

это реально возможно, Документов, включая электронные Документы, которые в соответствии с политикой хранения Документов или практикой обычной коммерческой деятельности могут быть уничтожены, и которые потенциально могут иметь отношение к арбитражу.

14. Представитель Стороны должен объяснить Стороне, которую он или она представляет, необходимость предоставления и потенциальные последствия отказа от предоставления любого Документа, который Сторона или Стороны обязались предоставить или который был истребован.

15. Представителю Стороны следует рекомендовать Стороне, которую он или она представляет, принять и содействовать такой Стороне в принятии разумных мер для обеспечения того, чтобы: (i) провести разумный поиск Документов, которые Сторона обязалась предоставить или которые были истребованы и (ii) предоставить все запрошенные Документы, которые не защищены профессиональной привилегией.

16. Представителю Стороны не следует утаивать, или скрывать, а равно советовать Стороне утаить или скрыть Документы, которые были истребованы другой Стороной, или которые Сторона обязалась предоставить, или которые были истребованы у Стороны, которую он или она представляет.

17. Если в ходе арбитража Представителю Стороны становится известно о существовании Документа, который должен был быть предоставлен, но не был предоставлен, такому Представителю Стороны следует проинформировать Сторону, которую он или она представляет, о необходимости предоставления этого Документа и последствиях такого непредставления."

Вышеуказанные принципы направлены, во-первых, на полное сохранение документов, которые еще только *потенциально* могут иметь отношение к рассматриваемому делу (принцип 12) и, во-вторых, на полное предоставление документов, которая сторона обязалась предоставить или которые были истребованы. При этом, от представителя стороны ожидается, что он/а 1) будет содействовать стороне в поиске документов, 2) объяснит стороне необходимость предоставления документов и последствия непредставления,3) предоставит все запрошенные документы, "*которые не защищены профессиональной привилегией*", и, соответственно, не будет утаивать и скрывать истребованные документы, равно как побуждать к этому сторону.

Согласно принципу 13,

"*13. Представителю Стороны не следует заявлять какое-либо Ходатайство о предоставлении документов или любое возражение против Ходатайства о предоставлении документов, в ненадлежащих целях, таких как оказание давления или необоснованное затягивание разбирательства.*"

Основная идея этого принципа – это предотвращение использования сторонами тактик, направленных на затягивание и компрометацию арбитражного процесса посредством усложнения процедуры представления документов (EN: discovery, disclosure). Ходатайства о предоставлении не имеющим прямого значения к делу документов являются одним из примеров таких тактик.

Раздел 6: Свидетели и Эксперты(принципы 18-25)

Первые два принципа в этом разделе (принципы 18 и 19) предписывают обязанности представителя стороны в отношении *потенциальных* свидетелей и экспертов, а именно: прежде чем пытаться получить какую-либо информацию от потенциального свидетеля или эксперта, представитель стороны должен/на1)

представить себя и им/ею представляемую сторону, 2) объяснить причину, по которой запрашивается информация, 3) объяснить, что свидетель/экспертимеет право информировать о таковом контакте своего адвоката/юриста или привлечь его для целей контакта, а также 4) объяснить, что свидетель/экспертимеет право прекратить общаться с представителем стороны.

Последующий блок принципов устанавливает поведение представителя стороны и его/ее роль в процессе работы со свидетелем/экспертом:

"*20. Представитель Стороны может помогать Свидетелям в подготовке Свидетельских показаний и Экспертам в подготовке Заключений Эксперта*."

Бесспорно, истоки принципа 20 кроются в практике стран с общей системой права. Активная роль представителя стороны в разработке свидетельских показаний и заключений эксперта может показаться неуместной и даже неприемлемой в тех странах, правовая система которых основана на Римской системе права. Тем не менее, следует признать, что в последние десятилетия эта практика нашла широкое признание и применение и в ведущих арбитражных юрисдикциях Западной Европы.

Однако, помощь представителя стороны при подготовке свидетельских показаний и заключений эксперта не абсолютна, а подчинена ряду ограничений:

"*21. Представитель Стороны должен стремиться к тому, чтобы Свидетельские показания отражали собственное понимание Свидетелем соответствующих фактов, событий и обстоятельств.*

22. Представитель Стороны должен стремиться к тому, чтобы Заключение Экспертов отражало собственный анализ и мнение Эксперта.

23. Представитель Стороны не должен предлагать или подталкивать Свидетеля к подаче ложных показаний.

24. В соответствие с принципом, что предоставленные показания должны отражать собственное понимание Свидетелем соответствующих фактов, событий или обстоятельств, или собственный анализ или мнение Эксперта, Представитель Стороны может встречаться или взаимодействовать со Свидетелями и Экспертами для того, чтобы обсудить и подготовить их предстоящие показания."

Главное требование к любым свидетельским показаниям и заключениям экспертов – это отображение собственного понимания свидетеля соответствующих фактов и собственного анализа и мнения эксперта. Таким образом, не приемлемо никакое вмешательство представителя стороны в отношении содержания подготавливаемого документа и его искажения.

Разумеется, представителю стороны не запрещено встречаться со свидетелями/ экспертами для того, чтобы обсудить или подготовить предстоящие показания, а также подготовить свидетеля/эксперта к самому процессу дачи показаний перед членами состава арбитража(принцип 24). В этом отношении можно провести параллели между этим принципоми статьей 4(3) Правил МАЮ по получению доказательств в международном арбитраже:

"*4(3). Допускается опрос своих свидетелей или потенциальных свидетелей и обсуждение с ними их будущих свидетельских показаний Стороной, ее должностными лицами, сотрудниками, юридическими консультантами или другими представителями*".

Сходное правило предусмотрено и в Арбитражном регламенте Лондонского международного арбитражного суда (статья 20.6).

В завершение, принцип 25 Руководящих правил оговаривает, что представитель стороны может оплачивать, предлагать оплатить или согласовать оплатукомпенсации/ вознаграждения свидетелей/экспертов, а также расходов, разумно понесенных свидетелями/экспертами при подготовке к даче показаний или при даче показаний на слушании.

Раздел 7: Корректирующие меры при Ненадлежащем поведении(принципы 26 и 27)

Раздел 7, заключительный, определяет возможные последствия ненадлежащего поведения представителя стороны. Важно помнить,что обязательства или обязанности представителя стороны являются обязательствами или обязанностями стороны, которую он/а представляет, и которая, в конечном счете, может нести последствия неправомерных действий своего представителя.

До того как принять какие-либо меры в отношении "провинившегося" представителя стороны, состав арбитража должен дать сторонам возможность прокомментировать сложившуюся ситуацию и при необходимости:

"*26.* […] *(a) предупредить Представителя Стороны;*

(b) сделать соответствующие выводы при оценке доказательств, на которые ссылается Представитель Стороны, или юридических доводов Представителя Стороны;

(c) учесть Ненадлежащее поведение Представителя Стороны при распределении арбитражных расходов, с указанием, в случае необходимости, как и в какой мере Ненадлежащее поведение Представителя Стороны привело Состав арбитража к изменению подхода в части отнесения расходов;

(d) принять любые другие уместные меры для достижения справедливости и объективности разбирательства."

Интересно отметить, что принцип 26(c) перекликается с Арбитражным регламентом ICC 2012 года (статьи 22(1) и 37(5)), Швейцарским регламентом международного арбитража (статья 40(1)) и Арбитражным регламентом Арбитражного института при Торговой палате г. Стокгольма (статьи 43(5) и 44). Так, статья 22(1) Регламента ICC ("Ведение арбитража") устанавливает, что "*Состав арбитража* ***и стороны*** *должны прилагать все усилия, чтобы вести арбитраж быстрым и эффективным с точки зрения расходов способом, учитывая сложность и стоимость спора,*" а статья 37(5) Регламента ("Решение об арбитражных расходах") в том же духе продолжает:"*Принимая решение по расходам, состав арбитража может принять во внимание такие обстоятельства, которые посчитает имеющими отношение к делу, включая то, насколько быстро и эффективно с точки зрения расходов каждая* ***из сторон*** *вела арбитражное разбирательство*".

Однако не каждое ненадлежащее поведение должно влечь за собой санкции. Санкции должны рассматриваться как исключительные меры, и состав арбитража должен оценить целесообразность их применения в каждом конкретном случае, беря во внимание следующие факторы:

"*27.* […]*(a) задачи обеспечения объективности и справедливости арбитражного разбирательства и исполнимости арбитражного решения;*

(b) потенциальный эффект решения о Ненадлежащем поведении на права Сторон;

(c) характер и степень тяжести Ненадлежащего поведения, в том числе, степень влияния Ненадлежащего поведения на ход разбирательства;

(d) добросовестность Представителя Стороны;

(e) соответствующие соображения касательно профессиональной привилегии и конфиденциальности; а также

(f) степень, в которой Сторона, представленная Представителем Стороны, руководила им сама, знала или соучаствовала в Ненадлежащем поведении."

Соответственно, обоснованными и оправданными должны считаться только те санкции, которые необходимы для сохранения или восстановления справедливости и объективности арбитражного процесса.

Санкции, которые состав арбитража может вынести в отношении того или иного представителя, ограничены рамками конкретного арбитража. Состав арбитража не наделен более широкими полномочиями, в отличие от профессиональных организаций или судов, которые вправе лишить провинившегося представителя стороны членства в организации или права заниматься профессиональной деятельностью.

* * *

Равное отношение (EN: "equal treatment")ко всем сторонам арбитражного процесса является одним из основных принципов арбитража. Но если, вследствие применения различных нормпрофессиональной этики к представителям сторон, одна из сторон оказывается в менее выгодном положении при представлении своей позиции, это становится веским основанием для утверждения единого свода правил.

Ясно, что Руководящие принципы МАЮ не являются (и не претендуют на то, чтобы являться) исчерпывающим сводом правил поведения для адвокатов в международном арбитраже. Руководящие принципы являются лишь ответом МАЮ на призыв международного арбитражного сообщества разработать свод этических норм и правил профессионального поведения, которые были бы приемлемы большинству его участников. Время покажет, найдутли Руководящие принципы такое же широкое применение, как Руководящие принципы МАЮ относительно конфликта интересов в международном арбитраже и Правила МАЮ по получению доказательств в международном арбитраже. Время покажет также,будут ли арбитражные институты ссылаться наРуководящие принципыв своих собственныхрегламентах, или, возможно, они предпочтут разработать отдельные документы с перечнем определенных этических стандартов, которые должны будут соблюдаться представителями сторон, желающих участвовать в процессах соответствующего института, как это планирует сделать в ближайшее время Лондонский международный арбитражный суд.

С уверенностью можно утверждать лишь одно – еще рано ставить точку в вопросе о применимых правилах поведения представителей сторон в международном арбитраже.

АРБИТРАБЕЛЬНОСТЬ КОРПОРАТИВНЫХ СПОРОВ В МЕЖДУНАРОДНОМ КОММЕРЧЕСКОМ СУДЕ

Белых В.С. (Российская Федерация),

Директор Института права и предпринимательства, доктор юридических наук, профессор

1. Прежде всего, начну с того, что в соответствии с п.2 ст. 1 Закона РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» международному коммерческому суду (МКАС) подведомственны любые споры, вытекающие из договорных и других гражданско-правовых отношений, возникающих при осуществлении внешнеторговых и иных видов международных экономических связей, если коммерческое предприятие хотя бы одной из сторон находится за границей. Положения настоящего Закона о подведомственности споров МКАС не применяются, если иное прямо содержится в федеральном законе. Аналогичные нормы закреплены в Положении о МКАС.

Как видно, МКАС подведомственны любые споры, вытекающие из гражданско-правовых отношений как договорных, так и внедоговорных. Соответственно, споры, вытекающие из публично-правовых отношений (административные, налоговые, финансовые и др.), не являются предметом рассмотрения в МКАС. Правда, здесь возникает ряд вопросов: 1) о подведомственности корпоративных споров; 2) о подведомственности споров по поводу недвижимого имущества; 3) о подведомственности споров в сфере интеллектуальной собственности; 4) о подведомственности споров с участием иностранцев. Одним словом, процессуальные трудности возникают в пограничных зонах, например, на стыке частного (гражданского) и публичного права[1].

Тема об арбитрабельности корпоративных споров в международном коммерческом суде неоднократно была предметом научных дискуссий[2]. Несмотря на разные подходы, высказанные в доктрине, высшие судебные органы ответили на этот вопрос сегодня однозначно отрицательно. Так, Конституционный Суд РФ в своих Определениях от 21.12.2011 г. № 1804-О и от 17.07.2012 г. № 1488-О, а затем и Высший Арбитражный Суд РФ в Определении от 30.01.2012 г. № ВАС-15384/11 указали на *специальную подведомственность корпоративных споров арбитражным судам* и невозможности их рассмотрения в ином порядке, в том числе в третейских судах (МКАС)[3].

---

[1] См.: Регламент Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ: науч.-прак. комент./ Под общ. ред. А.С. Комарова. М., 2012. С.6-16.

[2] См.: Лисицын-Светланов А.Г. Арбитрабельность корпоративных споров по российскому праву: pro er contra// Закон. 2012. № 5. С. 192-196; Асосков А. В. Допустимость разрешения корпоративных споров в международном коммерческом суде: современные проблемы и решения. Сб. ст. к 80-летию Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате РФ/ Под ред. А. А. Костина. М., 2012. С. 6-23; Ярков В.В. Дискуссионные вопросы определения подведомственности по корпоративным спорам. Арбитражный процессуальный кодекс РФ – 10 лет: актуальные вопросы кассационного производства: тез. конф. (Екатеринбург, 4 октября 2012 г.). Екатеринбург, 2012. С. 21-27.

[3] http://www.arbitr.ru/press-centr/smi/68290.html

2. Аргументы «за» и «против» подведомственности корпоративных споров МКАС. Обратимся к судебной практике и проанализируем аргументы «против». В этой связи показательным являются судебные решения, связанные с отменой Решения МКАС при ТПП РФ от 31 марта 2011 по делу № 244/2009 о взыскании с ОАО «НЛМК» в пользу физического лица - Максимова Н.В. 8 928 001 875 руб. 70 коп., в уплату основного долга, а также 638 352 134 руб. 11 коп., в уплату процентов годовых за пользование чужими денежными средствами, 12 616 112 руб. 27 коп. в частичное возмещение расходов указанного физического лица по уплате арбитражного сбора и др.

Определением Арбитражного суда г. Москвы от 21 июня 2011 г. по делу № А40-35844/2011-69-311 Решение МКАС при ТПП РФ отменено по основаниям, предусмотренным абз. 4 подп. 1, подп. 2 п. 2 ст. 34 Закона РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже», со ссылкой на п. 2 ч. 1 ст. 33, п. 2 ст. 225.1 АПК РФ. Постановлением ФАС Московского округа от 26 сентября 2011 г. по тому же делу Определение суда первой инстанции оставлено без изменения, кассационные жалобы обеих сторон спора – без удовлетворения. В свою очередь, ВАС РФ своим Определением от 30 января 2012 № ВАС – 15384/11 отказал в передаче дела № А40-35844/2011-69-311 в Президиум ВАС РФ для пересмотра в порядке надзора.

Принимая во внимание характер правоотношений между сторонами, суд кассационной инстанции сделал вывод о том, что спор между ними относится к корпоративным спорам, которые в силу специальной подведомственности арбитражному суду не могут рассматриваться МКАС при ТПП РФ. Правила подведомственности корпоративных споров закреплены в федеральном законе, каковым в рассматриваемом деле является АПК РФ. Руководствуясь системным толкованием норм ст. 4, 33 АПК РФ, судебная коллегия пришла к заключению, согласно которому *указание о специальной подведомственности корпоративных споров* не только свидетельствует о разграничении компетенции судов общей юрисдикции и арбитражных судов, но и означает, что указанные споры не могут быть переданы на разрешение третейских судов в силу характера и специфики правоотношений, порождающих такие споры[4].

Теперь аргументы «за». По мнению ряда ученых (А. В. Асосков, В. В. Ярков и др.), в настоящее время имеет широкое распространение позиция российских государственных судов, основанная на неправильном понимании места ст. 33 АПК РФ в системе арбитражного процессуального законодательства. Нормы о специальной подведомственности разграничивают компетенцию различных видов государственных судов (судов общей юрисдикции и арбитражных судов). Специальный характер подведомственности означает, что определенная категория споров (в нашем случае – корпоративные споры) всегда подведомственна государственным арбитражным судам, а не судам общей юрисдикции[5]. В то же время, данное правило ст.33 АПК не должно толковаться как исключающее арбитрабельность корпоративных споров.

---

[4] http://www.mypublication.org/news/blog_1/799.html

[5] См.: Асосков А. В. Допустимость разрешения корпоративных споров в международном коммерческом суде: современные проблемы и решения. Сб. ст. к 80-летию Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате РФ/ Под ред. А. А. Костина. М., 2012. С. 13.

В этом же направлении рассуждает В.В. Ярков. Однако известный ученый предлагает обратить внимание на разграничении специальной и исключительной подведомственности споров[6]. Так, в соответствии со ст. 248 АПК РФ правила об исключительной подведомственности позволяют провести разграничение компетенции российских и иностранных судов по делам с участием иностранных лиц, а в ряде случаев, в зависимости от предмета спора, разграничивают компетенцию с международными коммерческими судами.

Необходимо также отметить, что некоторые арбитражные суды не соглашались с подобным подходом о недопустимости третейского разбирательства корпоративных споров и не усматривали в наличии специальной подведомственности, установленной ст. 33 АПК РФ, препятствий для их разрешения третейскими судами (п. 35 Рекомендаций Научно-консультативного совета при ФАС Уральского округа, разработанные по итогам заседания, состоявшегося 12–13 декабря 2007 г.)[7]. Однако это было в декабре 2007 г.

Таким образом, остается надеяться, что в обозримом будущем ситуация поменяется и так называемые «внутренние корпоративные споры» превратятся (легким движением руки) в арбитрабельные споры третейскими судами, в том числе международными коммерческими арбитражными судами. Возможно, это произойдет после объединения Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ. По мнению Президента РФ, указанное объединение судов позволит обеспечить единые подходы к разрешению споров с участием как граждан, так и организацией, а также с органами государственной власти и местного самоуправления. Как говорится, поживем – увидим!

---

[6] Ярков В.В. Дискуссионные вопросы определения подведомственности по корпоративным спорам. Арбитражный процессуальный кодекс РФ – 10 лет: актуальные вопросы кассационного производства: тез. конф. (Екатеринбург, 4 октября 2012 г.). Екатеринбург, 2012. С. 21-22.

[7] URL: fasuo.arbitr.ru/nks/rekom/2339.html

ОТКРЫТЫЕ ВОПРОСЫ АРБИТРАЖНОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА В КОММЕРЧЕСКИХ ДЕЛАХ СЛОВАЦКОЙ РЕСПУБЛИКИ*

Йозеф Сухожа (Словакия),

Профессор, доктор наук, доктор юриспруденции
Юридический факультет Университета Павла Йозефа Шафарика, Кошице

Душан Марйак (Словакия),

доктор юриспруденции,
Юридический факультет Университета Павла Йозефа Шафарика, Кошице

I. Историко-правовые основы словацкого законодательства о коммерческом арбитраже

В настоящей статье мы приводим наши размышления о системе и механизме разбирательства и решения споров, вытекающих из коммерческих отношений, прежде всего, обязательственных, т.е. касающихся института коммерческого (торгового) арбитража (в словацкой юридической терминологии "rozhodcovského konania" - "арбитражного разбирательства"). Мы сосредоточим внимание на трех областях, охватывающих вопросы:

1) На первом месте будет уровень объяснения соответствующих экономических детерминантов, которые в прошлом предопределили принятие соответствующих правовых моделей и механизмов коммерческого арбитража в нашей стране.

2) **Действующее законодательство** и ее определяющие тенденции являются продуктом сложных обстоятельствах, вытекающих из торговой динамики в размерах мировой торговли, по крайней мере, в двух последних десятилетиях. С акцентом на это мы в дальнейшем задумаемся над компанированием коммерческого арбитражного законодательства в Словацкой Республике по отношению к некоторым иностранным законодательствам, прежде всего Чешской Республики и в контексте транснационального законодательства с упором на новые импульсы и соображения, включая de lege ferenda (с точки зрения желательного закона).

3) Наконец, наши соображения дополним кратким аналитическим **описанием некоторых отдельных институтов** и проблем коммерческого арбитража, конкретно в связи с проблематикой возможности арбитража, и размышлениями о его соответствующем закреплении или же расширении в разбирательстве, особенно, в связи с новыми размерами и аспектами коммерческих обязательств (напр., проблема тнз. **потребительских споров**). В рассуждениях о de lege ferenda снова открывается проблема (речь идет о "старо-новую" проблему) юридического статуса и подотчетности арбитров (судей). И на эти вопросы будет обращено наше внимание в представленной работе.

---

* Настоящая статья был создана в рамках задачи гранта APPV-0263-10 "Эффективность правовых институтов и экономическо-финансовых инструментов в периоды кризисных явлений и ситуаций в бизнесе. "

II. Влияние традиций в действующей системе коммерческого арбитража Словацкой Республики

В сегодняшнем нашем понимании термин "арбитр" (и его производнын "арбитраж", "арбитражное разбирательство") имеет свое правовое основание и лимиты в **арбитражном договоре**. В этом смысле мы говорим о "договорном арбитраже" в отличие от института когда-то существующего "государственного арбитража"[1]

В нашей стране режим **коммерческого** (торгового) **арбитража** начал применяться и обеспечиваться в условиях первой Чешско- Словацкой Республики (1918-1938). Основы построения современной системы международного арбитража в коммерческих вопросах (международный торгово-коммерческий арбитраж) после Первой мировой войны связаны с основанием Международной торговой палаты (**International Chamber of Commerce – ICC**) в Париже в 1919 году. В этой палате в 1923 году создается Международный арбитражный суд (**International Court of Arbitration – ICC Court**). Система международного торгового (коммерческого) арбитража в бывшей Чехо-Словакии постепенно pro futuro зафиксировалась, прежде всего, созданием Арбитражного суда при Чехословацкой торговой палате в 1949 г. (с 1978 г. переименован в Арбитражный суд Чехословацкой торгово-промышленной палаты[2]).

---

[1] С 1949 года в бывшей Чехословакии (как и в бывшем Советском Союзе и других странах Центральной и Восточной Европы) на основании специальных законов была создана система государственного арбитража. Если говорить о ЧССР, сравни работы ЛАВИЧКА, Р. – НАВРАТИЛ, Я. – СЛЕЗАК, Я.: Хозяйственные договора и государственный арбитраж. Закон № 99/1950 и правительственное постановление № 139/1950. Praha: ORBIS, 1951, 501 s. Система государственного арбитража была ликвидирована в начале девяностых лет прошлого века законом № 519/1991 Сб.зак. который изменил и дополнил Гражданский процессуальный кодекс и нотариальная процедура. De lege lata торговые споры рассматриваются и решаются в судах общей юрисдикции, если их не рассматривают и не решают, согласно закону, другие органы, например, арбитры в арбитражном разбирательстве (согласно закону № 244/2002 Сб. зак. в изложении закона № 521/2005 и закона № 71/2009 Сб. зак.)

В России, как и в Украине, произошло преобразование системы государственного арбитража в арбитражные суды. См. Федеральный конституционный закон "Об арбитражных судах РФ" от 28 апреля 1995 г. №1 ФКЗ (Собрание законодательства Российской Федерации 1995 г. № 18 Ст. 1589).

См. также АБОВА, Т.Е.: Арбитражный суд в судебной системе России, Государство и право, 2000, № 9, с. 5-14. Также БОШНО, С.В.: Судебная практика: Способы выражения, Государство и право, 2003. № 3, с. 19-29.

[2] Следует добавить, что по инициативе Международной торговой палаты в Париже (а также Международной экономической конференции - Conférence économique internationale) были уже в двадцатых годах прошлого века заключены многие многосторонние международные договоры, касающиеся международного коммерческого арбитража, в частности:

– Протокол об арбитражных оговорках, по-чешски "o doložkách rozhodčích" („o rozsudím“) – Protocolle relatif aux clauses d’arbitrage z 24.09.1923,

– Договор об исполнимости арбитражных анализов, выданных за рубежом - Convention relative á l’exécution des sentences arbitrales rendues á l’éntranger.

Эти договоры были обязательными для Чехо-Словацкой Рспублики. См. ГОРА, В.: Международное исполнение арбитражных решений. PRÁVNIK 1929, roč. LXVIII, sešit X, s. 289 a n.

См. также SUCHOŽA, J. – PALKOVÁ, R. (СУХОЖА, Я. – ПАЛКОВА, Р.): Reflections on Arbitration Proceedings: A Chame for Dispute Resolution Missed Forever? In: Czech (a. Central European) Yearbook of Arbitration. Volume I. 2011, s. 161 a nasl., The Relationship between Constitutional Values, Human Rights and Arbitration. Huntington, New York: 2011, Juris Net, LLC, s. 161 zn. (eds. BĚLOHLAVEK, A. J. – ROZEHNALOVÁ, N.) ISBN 978-1-933833-71-2).

Историко-юридическим фактом является то, что в наших (т.е. чехословацких, а затем словацких) условиях феномен торгового (коммерческого) арбитража мог успешно возникнуть и развиваться с 1918 г. и благодаря тому, что у нас сохранились и доктринально развивали традиционные третейские (арбитражные) разбирательства как **отдельный вид гражданского судопроизводства** (гражданского процесса). Правовое регулирование арбитражного разбирательства в самом широком смысле (т.е. не только в коммерческих вопросах) было сначала законом закреплено в классическом гражданском (цивильном) судопроизводстве в период Австро-Венгерской монархии[3].

Уже в 19 века (с 1875 г.) на нашей территории действовали третейские суды, созданные, например, на фондовых биржах.[4]

В наше время (особенно после первой мировой войны) доминирующей, но собственно и динамической составляющей более широкого понимание арбитражного разбирательства стал **международный коммерческий арбитраж**. В этом, в конце концов, нет ничего нового. Если исходить из того, что торговля не знает границ (по крайней мере, от рождения феномена "**ius gentium**" – "**право народов**"), тогда и сегодня определяющим источником создания законов о третейских (арбитражных) разбирательствах являются импульсы и предложения, исходящие из сферы и динамики реальных международных деловых операций, особенно часто реализуемых.

Заинтересованность коммерсантов в создании **порядочных коммерческих отношений**, особенно во внешней торговле, вынуждает соответствующие правительственные органы, а также международные организации, например, торговые палаты, оптимизировать национальные законы в области третейского (арбитражного) делопроизводства и связать их с соответствующими международным договорами и модельными решениями.[5]

---

[3] Закон № 112/1895который идентифицирует гражданский порядок суда (австрийский) – закон № 113/1895 о судебных разбирательствах по гражданским правовым вопросам (гражданские постановления суда).

Сравни (если говорить о Словакии) австрийский зак № l. I/1911 – гражданский процессуальный порядок (австрийский) – закон № l. XXXIV/1914 о вступление в действие зак. № l. I./1914 – гражданского процессуального порядка.

[4] К сстарейшим арбитражным судам на наших территориям бесспорно также нужно отнести:

– арбитражные комиссии на заводах с заводскими комитетами (закон № 330/1921 Сб. зак. a n.)
– арбитражные суды шахтерские (закон № 145/1920 Сб. зак. a n.)
– арбитражные комиссии по трудовым спорам в работе на дому (закон № 29/1920 Сб. зак. a n.)

См. также BOČEK, V.: Úvaha o rozhodčím soudu pojišťoven úrazových. (БОЧЕК, В.: Размышление об арбитражном суде страховых компаний по трамвам) PRÁVNÍK, 1890, r. 29, str. 507 a n.

См. далее HORA, V: Československé právo procesné (ГОРА, В.: Чехословацкое процедурное рпаво), III. d. Praha: 1924.

[5] Исходя из приведенных детерминантов и словацкий законодатель при подготовке действующего закона об арбитраже старался установить адекватные процедурные правила и действия, которые бы в большей мере, чем раньше, учитывали Модельный закон UNCITRAL об арбитраже в международной торговле с 1985 г. (UNCITRAL MODEL LAW ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION – As adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on 21 June 1985) и одновременно Договор о признании и исполнении чужих арбитражных решений (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards), принятый в Нью-Йорке в 1958 г. (постановление № 74/1959 Сб. зак.) а также Европейский договор о международном торговом арбитраже, принятый в Женеве в 1961 г. ako aj Európsky dohovor o medzinárodnej obchodnej arbitráži, prijatého v Ženeve v roku 1961 – постановление №. 176/1964 Сб. зак.)

III. Несколько комментариев к действующему законодательству

Законодательство об арбитраже, по крайней мере с 1996 года, когда был принят первый словацкий закон об арбитраже[6], неизбежно связано с предыдущими чешско-словацкими законами об арбитраже в международной торговле (Закон № 98/1963 Сб. законов об арбитраже в международной торговле и исполнение арбитражных решений), при этом этот закон (возможно, и не совсем выразительно), полностью респекетует исторические источники и связи института арбитражного производства, как это было на общем уровне изложено в более старших законах о гражданском судопроизводстве. Следует отметить, что уже при первой Чехословацкой Республике действовало множество специальных **законов о конкретных арбитражных судах**.

Словацкое и чешское законодательство при разработке всеобъемлющего законодательства об арбитраже стремились институт арбитражного производства закрепить более широко, т.е. создать общую платформу арбитражного разбирательства, приемлемую как для внутренних, так и зарубежных споров.

Эта тенденция продолжается практически до сегодняшнего дня, хотя в практическом применении, учитывая генезис и традиции международного коммерческого арбитража, все чаще она вызывает определенные сомнения. И сегодня мы задумываемся над вопросом о том, удалось ли этим создать внутренне сбалансированную и эффективную систему арбитража, которая бы объединила существующие (в определенном смысле раздельные) процедурные механизмы, которые применяются для рассмотрения и решения как споров внутренних, так и зарубежных.

По крайней мере, когда речь идет о разбирательстве и решении внутри государственных торговых споров, создании по существу какой-либо общей процессуальной рамки торговых споров вообще (т.е. независимо от того являются ли они внутригосударственными или зарубежными) было, на наш взгляд, полностью оправдано. Такое состояние также полностью соответствует пониманию специфики торговых отношений (точки зрения материального права), которые сегодня имеют место в мире, при этом уже неактуально и неважно, действует ли оно в одном государстве или рамках международных (тнз. трансграничных) торговли отношений. Наконец, эта проблема связана с понятием феномена арбитража. Освобождение (преодоление) лимитов арбитражности, распространяется на систему разрешения споров для других групп гражданско-правовых споров. Это новая тенденция арбитражного разбирательства, которую подробней рассмотрим в следующей главе.

При сравнении словацкого и чешского арбитражного законодательств приходим к мнению, что словацкое законодательство более, чем чешское, предрасположено реагировать на запросы практики по увеличению количества постоянных арбитражных судов.[7] Это относится, например, к некоторым положениям

---

[6] Закон № 218/1996 Сб. зак. об арбитраже в изложении закона № 448/2001 Сб. зак.

[7] Чешская правовая разработка арбитража содержится в законе № 216/1994 Сб. зак. об управлении и исполнении арбитражных решений, хотя при применении вызывает несколько критических (даже противоречивых) мнений, например, в вопросе специальных арбитров ad hoc, но она более стабильна.

Сравни с RABAN, P.: Alternatívní řešení sporů a rozhodci v České a Slovenské republice a zahraničí. (РАБАН, П.: Альтернативные решения споров и арбитра в Чешской и Словацкой Республиках и за рубежом) Praha: C. H. Beck, 2004, s. 148 a n.

См. также BĚLOHLAVEK, A.: Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů. Komentář. (БЕЛОГЛАВЕК, А.: Закон об арбитраже и исполнении арбитражных решений. Комментарий.) Praha: C. H. Beck, 2004, 679 s.

закона об арбитраже (Закон № 244/2002 Сб. законов в изложении, внесенных Законом № 521/2005 Сб. законов и Закона № 71/2009 Сб. законов) - а именно о относительно либеральных условия для создания постоянных (институциональных) арбитражных судов. На практике это проявилось в большом увеличении количества этих судов, что ведет к обоснованным соображениям сократить количество институциональных арбитражных судов в Словацкой Республике.

Актуализация словацкого закона о арбитраже - пока это были две незначительные поправки, при этом "разбегается" уже третья, более обширная – касалась как учета, т.е. списка постоянных арбитражных судов (Закон № 521/2005 Сб. законов), так и защиты прав потребителей (Закон № 71/2009 Сб. законов).[8]

Размер корректировки действующего закона в основном можно свести до следующих областей:

1) **организационно – институциональная,** т.е. доработка создания и позиции судьи и постоянного арбитражного суда, включая судей для конкретного случая ad hoc;

2) **процедурно-правовые**, т.е. нормативные основы разбирательства перед арбитрами, прежде всего, процедурных положений закона об арбитраже и закона о гражданском судопроизводстве или же соответствующих международных договоров и моделей;

3) механизм выбора **решающего права** и его оценки, включая дополнения о выборе права (determination of applicable law - определение решающего права), или решения в соответствии с принципом **ex aequo et bono** - по справедливости (или **amiable compositeur -** мировой посредник);

4) **признания и исполнения арбитражного решения**, в том числе иностранного суда.

Действующий закон об арбитраже значительно расширил область споров, которые можно решать в арбитражном порядке. Речь идет об актуальной проблеме, часто в литературе называемых как **проблема арбитражности**. Собственно уже предыдущий закон (№ 218/1996 Сб. законов) объединил арбитраж в коммерческих делах независимо от того, реализуется ли разбирательство во внутригосударственных спорах или в спорах об имущественных претензиях в международной торговле. За этим последовала отмена первого послевоенного закона об арбитраже в международной торговле № 98/1963 Сб. законов (клаузолой о посягательстве закона № 218/1996 Сб. законов).

IV. К вопросу феномена "арбитражности"

Феномен арбитражности является центральным вопросом в арбитражном разбирательстве. В общем смысле арбитражность (тнз. "решаемость спора") представляет собой целый округ правовых отношений, которые могут быть предметом арбитражного разбирательства, т.е. государственная власть допустила, чтобы эти споры были разрешены не только государственными судами или

---

[8] В пояснительной записке к поправке закона об арбитраже, принятой законом № 71/2009 Сб. зак., говорится: "Когда дело доходит до отношений с потребителями, некоторые элементы арбитражного разбирательства является неустойчивым, с точки зрения интереса общества по защите прав потребителя. С учетом прав Европейского суда, законодатель проявил интерес сохранить арбитраж и в отношении к потребителям, но с усилением элементов для защиты его так, чтобы каждое арбитражное решение, которое не направлено на защиту потребителя, мог рассмотреть суде".

другими органами государственной власти, но и арбитрами как лицами, находящимися за пределами механизма власти государства. С процессной точки зрения, мы можем охарактеризовать арбитражность как допустимость спора для разбирательства перед арбитром. В области арбитражного разбирательства мы должны, прежде всего, с вниманием к договорной теории, понять и другой аспект этого понятия - с точки зрения договорного права, в котором под понятием арбитражность подразумевается "законность предмета договора".[9] Поэтому арбитражный договор занимает центральное положение в вопросе арбитражности разбирательства, при этом объем и однозначность определения арбитражности в арбитражном договоре, оказывают влияние на успех арбитражного разбирательства.[10]

Арбитражность можно понимать в объективном и субъективном смысле. Объективная арбитражность представляет собой множество отношений, на которых основывается правовые полномочия арбитров, т.е. данная законом государства. Выделением арбитражных споров в законе, регулирующих области арбитража государства "защищают" или же включают в свои полномочия (полномочия государственных судов) вопросы общественного порядка или национального интереса, как, например, уголовное, трудовое и подобное право.[11] С другой стороны, субъективная арбитражность исходит из воли сторон, т.е. определяет округ общественных, установленных сторонами в арбитражном договоре. Так договором выделенный округ отношений, однако, не может выходить за границы, установленные объективным правом государства.

---

[9] В этом контексте РАБАН говорит:"Что касается возможности и законности заключения арбитражного договора, необходимо в первую очередь рассмотреть вопрос о возможности арбитражного урегулирования. Если бы был заключен договор о порядке арбитражных действий по решению спора по вопросам, не попадающим в рамки арбитражного спора, то любой вывод в этой области не был бы разрешен арбитражным судом, договор бы не вызвал предполагаемые действия, т.е. не шла бы речь об исполнительном договоре по зкону в международном смысле. К этому мнению скляняются SUCHOŽA, J., HUSÁR, J., MAREK, K., RABAN, P. Česko-slovenské kontexty obchodního práva. (СУХОЖА, Я., МАРЕК, К., РАБПН, П. Чехо-словацкие контексты торгового права.) Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2011, s. 452 и др. Если бы договорные стороны в арбитражном договоре ограничивали круг правовых отношений для разбирательства в арбитраже (т.е. арбитражном споре) исключительно спорами, направленными на возмещение ущерба, они не могли бы в возможном арбитражном производстве добиваться исполнения договора, т.к. споры об исполнении договора бы, по воли сторон, находились за рамками арбитражных дел. Точно также CHOVANCOVÁ, K. Arbitrability (ХОВАНЦОВА, К. Арбитражность) /EXTRACT/ [online], [cit. 2. 11. 2013]. Доступно в интернете: http://www.paneurouni.com/files/sk/fp/ulohy-studentov/2rocnikmgr/arbitrability-students-version.pdf

[10] Такое изложение было непосредственно в законе № 216/1994 Сб. зак. об арбитражном разбирательстве и исполнении арбитражных решений в изложении более поздних предписаний, связанных с законом № 245/2006 Сб. зак. об общественных некоммерческих медицинских учреждениях и об изменениях некоторых соответствующих законов. Это положение изменил закон № 466/2011 Сб. зак., который отменил закон № 245/2006 Сб. зак. об общественных некоммерческих медицинских учреждениях и об изменениях некоторых соответствующих законов.

[11] Fouchard, Gaillard a Goldman к этому дополняют, что определенные физические или юридические лица могут передавать свои споры в арбитраж в зависимости от их статуса и функций. Это в основном касается государств, местных органов власти и других государственных органов. Субъективную арбитражность при этом называют как *arbitrability ratione personae* Более FOUCHARD, P., GAILLARD, E., GOLDMAN, B.: On International commercial Arbitration. The Hague / Boston / London: Kluwer Law International, First edition, 1999, s. 312 и следующ.

Субъективная арбитражность поэтому не может выйти за пределы объективной арбитражности. Субъективная арбитражность таким образом реализуется в границах и на основании объективной арбитражности. Эта возможность сторон на основании договора сократить арбитражность спора между ними подпадает под сферу автономии воли сторон

Субъективную арбитражность можно понимать и как способность лица решить спора в арбитражном порядке (быть участником арбитражного разбирательства). В настоящее время закон об арбитраже ни в какой мере не ограничивает способность лица заключить арбитражное соглашение и урегулировать свой спор в арбитражном порядке. В отличие от этого, чешское законодательство недавно исключило арбитражность споров общественных неприбыльных государственных медицинских учреждений.[12]

Следующим классификационным критерием является разделение арбитражности на личную и вещественную. Личная (персональная) арбитражность предназначены для определения определенной группы людей и выражает их правомочие передать свое существующее или будущее разбирательство арбитражному суду.[13] Это определение соответствует приведенному выше определению субъективного арбитража. Вещественная арбитражность представляет собой округ споров, которые могут быть предметом арбитражного разбирательства.

Арбитражный закон определяет арбитражность в объективном смысле через позитивные и негативные юридические определения.

Позитивные определения содержатся в §1, абзац 10, буква а) Закона об арбитраже. В соответствии с изложенными положениями закона, предметом арбитражного разбирательства могут быть споры, исполняющие следующие критерии:

- **имущественные споры**, т.е. споры, предметом которых является наполнение право собственности (денежный платеж, выдачи вещей или другое реальное наполнение или сдерживание от определенных действий);[14]

---

[12] Для получения дополнительной информации, которую дает ROZEHNALOVÁ, N.: Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku. (РОЗЕГНАЛОВА, Н.: Арбитраж в международной и внутренней торговли) 2. vyd. Praha: ASPI, Wolters Kluwer, 2008, s. 119 и след. Мозеуйзикова и Штайнер дополняют это: речь идет о спорах, связанные с имуществом или которые можно выразить материальными величинами, прежде всего в деньгах, и независимо от того, направлен ли спор на обязанность платить, действовать или сдержаться определенного разбирательства или что-то терпеть (dare, facere, omittere, pati), или о спор для определения права или правоотношения. Спор может применяться к активам, правам и стоимости имущества, может быть как материальным, так и нематериальным (например, в спорах об интеллектуальной собственности и ее имущественных аспектах). Более Mothejzíková, J., Steiner, V. a kol. Zákon o rozhodčím řízení s komentářem. (Мозеуйзикова, Я., Штайнер, В., Закон об арбитраже с комментариями) Praha: C. H. Beck, 1996, s. 12 и следующ.

[13] Под гражданско-правовыми отношениями (очень упрощенно) согласно § 1 абзац 2 Гражданского кодекса, понимаются имущественные отношения физических и юридических лиц, имущественные отношения между этими лицами и государством, а также отношения, возникающие из права на защиту лиц.

[14] Торгово-правовым отношениям, согласно § 1 абзац 1 Торгового кодекса, является отношение, регулирующее статус предпринимателей, деловые обязательственные отношения (подробнее в § 261 и § 262 Торгового кодекса) и некоторые другие отношения, связанные с предпринимательством. См. более подробно в SUCHOŽA, J., HUSÁR, J. a kol.: Obchodné právo. (СУХОЖА, Я., ГУСАР, Я. и кол. Торговое право) Bratislava: Iura edition, 2009, 1100 s.

- возникающие из **внутренних и международных коммерческих и гражданских правовых отношений**. Определение коммерческих и гражданско-правовых отношений найдем в основных кодексах частного права, Гражданском кодексе[15] и Торговом кодеке.[16] Таким образом закон прямо исключил из округа арбитражных споров, например, трудовые споры или семейные споры[17] (например, имущественные права несовершеннолетнего ребенка);

- арбитраж имеет место в Словацкой Республике – он сохраняется таким образом как принцип территориальной сферы действия закона и, следовательно, этим законом регулируются споры только, если ем есть место в арбитраже Словацкой Республики.

Закон об арбитраже негативно определяет арбитражность в положениях § 1, абзац 3 так, что арбитраж не может решать споры:

a) о возникновении, изменении или прекращение права собственности на недвижимость. Пояснительной записке к этому положению говорит, что "Речь идет о возникновении, изменении или прекращение права собственности на недвижимость, которое требуют записи права на недвижимое имущество и его изменение в кадастре недвижимости, арбитражное решение не является юридическим фактом для такой записи." В этой связи возникает вопрос, собирался ли законодатель таким определением арбитражных споров включить в них и споры, не определяющие эти права.

b) о личном статусе (тнз. статусные споры, в которых есть особый общественный интерес к тому, чтобы о них решал обычный суд в гражданском судопроизводстве);

c) касающиеся исполнения судебных решений;

d) которые возникли в течение процедуры банкротства и компенсирующего судопроизводства - в случаях, указанных под буквами c) и d) для их бесперебойной работы невозможно возложить решение споров, возникших в ходе этих разбирательств, или некоторым способом с ними связанными споров, на арбитражный суд.

---

[15] Такая же ситуация сложилась, например. в китайском законодательстве, которое применяет ограничительный подход к вопросу арбитражности. Закон об арбитраже Китайской Народной Республики [Arbitration Law of the People's Republic of China Adopted by the 9th Meeting of the Standing Committee of the eighth National People's Congress on October 31, 1994 and promulgated by the Decree (No.31) of the president of the People's Republic of China on October 31, 1994; „Zhonghua Renmin Gongheguo Zhongcai Fa"] считает арбитражными споры, вытекающие из договоров между равноправными гражданами, юридическими лицами и другими хозяйственными предприятиями и споры об других имущественных правах и ценностях. Арбитражность в китайском законодательстве связана с первоначальным коммерческим аспектом арбитража и, следовательно, не позволяет расширение арбитража на различные правовые споры, как, например, семейное право или занятость. Парафраза из HRADILOVÁ, V. Arbitrability in the Arbitration Law of the P. R. China. COFOLA 2010: the Conference Proceedings, 1. edition. Brno: Masaryk University, 2009.

[16] См. Объясняющую записку к Закону об арбитраже. Поправки к законам в пояснительной записке в полном объеме, 2002, № 26, стр. 25.

[17] Аналогичная ситуация настала в Чешской Республике, когда закон №19/2012 Сб. зак., которым изменяется закон № 216/1994 Сб. зак. об арбитражном разбирательстве и исполнении арбитражных решений в изложении последующих поправок и других соответствующих законов, завел несколько пропотребительских положений, таких, как индивидуальность арбитражного договора, информационная обязанность предпринимателей перед потребителями, ведение специального списка персон (установленного Министерством юстиции Чешской Республика), которые имеют право решать споры, возникающие из потребительских договоров и многое другое.

В настоящее время мы находимся в области правового регулировании арбитражного разбирательства тнз. потребительскими поправками, целью которых является защита потребителей от негативных последствий арбитраж. Потребительские споры так втягиваются под охранное крыло государства и считаются интересом общественного порядка, достойным особой защиты. Так, например, случилось с законом № 71/2009 Сб. законов, который изменяет и дополняет закон № 244/2002 Сб. законов № 521/2005 Сб. законов об арбитражном разбирательстве в изложении закона Словацкого национального совета № 71/1992 Сб. законов о судебных оплатах и оплатах за выписки из регистров преступности в изложении более поздних поправок, в рамках которого в арбитражное делопроизводство было введено множество пропотребительских положений – таких, например, как обязательное применение положений по защите потребителя, отмена арбитражного решения за нарушение предписаний об охране прав потребителей и другие.

Подобным образом следующая готовящаяся поправка закона об арбитражном разбирательстве сохраняет так установленную тенденцию, при этом идет еще дальше - прямо к вопросу арбитражного урегулирования, в котором устанавливает норму, по которой арбитраж не может решать споры между поставщиками и потребителями, вытекающие из потребительского договора, или связанные с потребительским договором (тнз. потребительские споры).

С другой стороны, в отличие от упомянутого уменьшения арбитражности, на международной арене мы можем наблюдать противоположную тенденцию, направленную на расширение арбитражности или заведению принципа, что арбитражными являются все споры по правовым отношениям, с которыми стороны могут свободно распоряжаться (например, новацией, договором об урегулировании и под.), если не указано негативно исключение из этого правила[18]. Так обстоит дело, например, в Швеции, в которой арбитражными являются в принципе все споры, по которым стороны могут заключать договор. Это правило при этом исходит из основных принципов автономии сторон и договорной свободы.[19]

V. Заключительные примечания

При рассмотрении вопроса о совершенствовании законодательства по арбитражу в Словацкой Республике до сих пор представлялись несколько мнений, даже противоречивых. Проблема состоит в том, что тнз. **потребительские споры** (при этом этот феномен вызывает сомнения в его надлежащем семантическом и нормативно-правовом обмежевании или определении) de lege ferenda необходимо интегрировать в единую структуру, т.е. по существу действующего закон об арбитраже (сначала формой его расширенной актуализации), или создать отдельный закон о способе рассмотрения и принятия решения о потребительских спорах по способу бывших когда-то специальных арбитражных систем, например, в трудовых спорах и т.д.

Авторы настоящей статьи склоняются ко второму законодательному варианту, по которому проблематика потребительских споров, включая посредничества, юридически оказалась бы по существу в новом измерении и нетрадиционных контекстах.

---

[18] Аналогично BĚLOHLÁVEK, A.: Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů. (БЕЛОГЛАВАЧЕК, А.: Закон арбитраж и исполнение арбитражных решений) Komentář. Praha: C. H. Beck, 2004, str. 28, в которой говорится, что "в зарубежных странах и на международной арене существует тенденция поддерживать максимальную применение арбитражности".

[19] Более подробно SUNDIN, P., WERNBERG, E.: The scope of arbitrability under Swedish law. [online], [cit. 3. 11. 2013]. Доступно в интернете: http://www.hammarskiold.se/upload/Nyheter/Publikationer/Our%20articles/The%20Scope%20of%20arbitrability_-_Sweden.pdf

Научно-практичное издание

Материалы первых Международных арбитражных чтений памяти академика Побирченко И.Г.

Сборник докладов

Над выпуском работали: Селивон Н.Ф.,
Захарченко Т.Г.
Компьютерная верстка: Максименко С.В.
Дизайн обложки: Максименко С.В.,
Максименко М.В.

Подписано к печати 24.04.2014. Формат 70х100/16.
Гарн. Times New Roman. Усл. печ. л. 10,9.
Печать офсетная. Бумага офсетная. Тираж 200 прим

Отпечатано ПАО «ВИПОЛ». 03151, Киев, ул. Волынская, 60
Свидетельство о внесении в Государственный реестр
Серия ДК №4404 от 31.08.2014 г.