

**ТРЕТЕЙСКОЕ РАЗБИРАТЕЛЬСТВО В КЫРГЫЗСКОЙ РЕСПУБЛИКЕ:
СОВРЕМЕННЫЕ ВЫЗОВЫ И ПУТИ РЕШЕНИЯ**

**сборник статей к 15-летию Международного Третейского суда при Торгово-промышленной палате
Кыргызской Республики**

Бишкек -2017

Редакционная коллегия:

Майчиев Ш.Ю., Аленкина Н.Б.,

Галлямова Н.С., Иманова С.С., Чекошев А.М.,

Ответственный редактор:

Аленкина Н.Б.



Проект финансируется
Европейским Союзом



Опубликовано при поддержке Проекта «Содействие укреплению верховенства права в Кыргызской Республике», финансируемого Европейским Союзом и никоим образом не отражает мнение Европейского Союза.

Проект Европейского союза
«Содействие укреплению верховенства права
в Кыргызской Республике»

Кыргызская Республика
720040, г.Бишкек
бул. Эркиндик, 73
тел. 0 312 66 22 99

Настоящий сборник посвящен теоретическим и практическим аспектам правового регулирования развития третейского арбитража в Кыргызской Республике. В сборник включены статьи практикующих арбитров Международного Третейского суда при Торгово-промышленной палате Кыргызской Республики, в которых освещаются наиболее актуальные вопросы, с которыми сталкиваются арбитры при рассмотрении дел. Статьи для публикации отличаются новизной подходов и глубиной проработки вопросов и представляют собой качественно новый этап в развитии института третейского разбирательства в нашем государстве.

Издание может быть полезным для широкого круга практикующих юристов, научных работников, студентов, аспирантов и преподавателей юридических вузов, судей, арбитров третейских арбитражей, а также всех лиц, интересующихся проблемами гражданского, международного частного права и коммерческого арбитража.

Предисловие

Майчиев Шамарал Юсупович

Председатель Международного Третейского суда при ТПП КР

Уважаемые читатели!

Я искренне надеюсь, что сборник, который вы сейчас открыли будет полезным для всех, кто уже сделал выбор в пользу коммерческого арбитража, а также тех, кто стремится к быстрому и эффективному разрешению споров в бизнес сообществе, включая самый широкий круг предпринимателей, юристов и всех тех кому интересна деятельность третейских судов.

Несмотря на сравнительно недолгий период своей деятельности Международный Третейский суд при Торгово-промышленной палате Кыргызской Республики (МТС ТПП) очень эффективно развивается и занимает достойное место среди ведущих арбитражных центров Центральной Азии.

В нашем государстве конституционно-правовой статус третейских судов закреплен в статье 58 Конституции Кыргызской Республики и предполагает, что для внесудебного разрешения споров, возникающих из гражданских правоотношений, могут учреждаться третейские суды. Полномочия, порядок образования и деятельность третейских судов определяются законом.

30 июля 2002 года в Кыргызской Республике был принят Закон «О третейских арбитражах в Кыргызской Республике», который в 2003 году был переименован в Закон Кыргызской Республики «О третейских судах в Кыргызской Республике».

Наш арбитражный институт был официально зарегистрирован Министерством юстиции Кыргызской Республики 26 сентября 2002 года в организационно-правовой форме общественного фонда. Высшим органом управления Третейским судом является Наблюдательный Совет МТС ТПП, в состав которого входят опытные юристы и

профессионалы, стоявшие у самых истоков становления и развития третейского арбитража в Кыргызской Республике, в том числе руководство Торгово-промышленной палаты Кыргызской Республики.

Наблюдательный Совет Международного третейского суда утверждает все внутренние документы третейского суда: Положение о третейском суде, Регламент, Ускоренный регламент, Список арбитров, устанавливает порядок исчисления арбитражного сбора, ставки гонораров арбитров и других расходов третейского суда, иные применимые правила третейского суда, осуществляет руководство и контроль за деятельностью третейского суда, прием и исключение из списка арбитров.

Финансовую поддержку Международному третейскому суду на начальном этапе его становления оказывал Проект АРД/Чекки (ЮСАИД), Центр ОБСЕ в Бишкеке, Центр корпоративного развития (АБР), Фонд Евразия Центральной Азии, Проект поддержки инвестиционной бизнес-среды (ПРАГМА), Фонд Сорос-Кыргызстан.

В настоящее время большую поддержку оказывают нашему институту проект Европейского союза «Содействие укреплению верховенства права в Кыргызской Республике», Германское общество по Международному сотрудничеству (GIZ). Эта поддержка очень ценна и весома.

В настоящее время в Список арбитров Международного третейского суда включено 235 профессиональных специалистов, из которых отечественных арбитров 124 человека и 111 арбитров из 26 стран, в том числе из Великобритании, Швеции, Франции, США, России, Нидерландов, Беларуси, Турции, Казахстана, Украины, Узбекистана, Индии, Австрии, Хорватии, Румынии, Литвы и Китая.

Споры в МТС ТПП рассматриваются по правилам Регламента и Ускоренного Регламента по усмотрению сторон. В настоящий момент разрабатываются новые применимые правила - Регламент Малого жюри, внедрение которого предоставят бизнесу еще больше возможностей для быстрого и эффективного разрешения споров.

Основные положения Регламента (Ускоренного Регламента) МТС ТПП базируются на Арбитражном Регламенте Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ), по правилам которого рассматривается большое количество международных споров. Безусловно, Регламент содержит все императивные нормы, которые установлены Законом КР «О третейских судах в Кыргызской Республике». Между тем эти нормы Закона, также, в свою очередь, повторяют нормы Типового Закона ЮНСИТРАЛ. Действующее законодательство Кыргызской Республики, регулирующее

деятельность третейских судов и процедуры третейского разбирательства, полностью соответствует нормам международного права.

Начиная с 2004 года в МТС ТПП было рассмотрено более 814 споров на общую сумму свыше 80 миллионов долларов, из которых более 47 споров с участием иностранных компаний.

В 1997 году Кыргызская Республика присоединилась к Нью-Йоркской Конвенции 1958 года «О признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений», что гарантирует исполнение решений МТС ТПП в 157 странах мира.

В настоящем сборнике вашему вниманию представлены статьи практикующих арбитров, профессионализм и принципиальность которых заслужили всеобщее уважение и признание и которые готовы поделиться своими знаниями и опытом, приобретенными за все годы деятельности Международного Третейского суда.

Пользуясь случаем выражаю глубокую благодарность и признательность проекту Европейского союза «Содействие по укреплению верховенства закона в Кыргызской Республике» за сотрудничество и поддержку в публикации настоящего сборника.

СОДЕРЖАНИЕ

Проблемы и перспективы деятельности третейских судов в Кыргызстане: конституционно-правовой аспект

Айдабекова Чинара Аскарбековна

Конституционно-правовые основы становления третейского суда в Кыргызской Республике 3

Садыков Нурлан Берикович

Арбитрабельность споров в Кыргызской Республике: некоторые правовые аспекты 9

Сабиров Нурбек Нурканович

Автономия арбитров при определении закона, применимого к существу дела

Николай Натов

Компетенция на признание арбитражной оговорки недействительной

Галлямова Наталья Сидоровна

Цессия и третейское соглашение 17

Бабицкая Елена Викторовна

Профилактика затягивания сроков третейского разбирательства

Дарбышев Чингиз

Надлежащее уведомление сторон о назначении арбитра и о третейском разбирательстве

Кыдырбаева Жаныл

Право злоупотребления правом в третейском разбирательстве: «быть или не быть?..»

Омуралиев Сагын Чепашевич

Меры по обеспечению иска в третейском разбирательстве

Шербото Асель, Чекошев Айбек Мелисканович

Участие третьих лиц в третейском разбирательстве

Соломаха Валентина Николаевна

Экспертиза как средство доказывания в третейском разбирательстве

Джумабаева Чолпон Замирбековна

Назначение экспертизы при определении начальной (стартовой) стоимости предмета залога в третейском разбирательстве: вопрос о наличии спора между залогодателем и залогодержателем

Иманова Салтанат Султановна

Взыскание процентов и убытков от курсовой разницы за период исполнения решения: правовые основания

Кучерявая Галина Александровна

Мировое соглашение в третейском разбирательстве

Бит-Аврагим Елена Ильинична

Повторное третейское разбирательство

Алымбаев Нурлан Сатылканович

Проблема изменения способа и порядка исполнения решения третейского суда

Милащенко Константин Геннадьевич

Признание и обеспечение исполнения решения спортивного арбитражного суда в Греции

Апостолос Антимос

Специфика третейского разбирательства с позиции адвокатов

Сыдыкова Венера

Международный публичный порядок: пределы полномочий арбитража

Жолдошев Жоомарт

СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ СОКРАЩЕНИЙ

ГК КР	Гражданский кодекс Кыргызской Республики
ГПК КР	Гражданский процессуальный кодекс Кыргызской Республики
Закон о третейских судах	Закон Кыргызской Республики «О третейских судах в Кыргызской Республике» от 30 июля 2002 года № 135
Закон о залоге	Закон Кыргызской Республики «О залоге» от 12 марта 2005 года № 49
МТС ТПП	Международный Третейский суд при Торгово-промышленной палате Кыргызской Республики
НБКР	Национальный банк Кыргызской Республики
Нью-йоркская конвенция	Конвенция ООН «О признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений» от 10 июня 1958 года
Регламент МТС ТПП	Регламент Международного Третейского суда при Торгово-промышленной палате Кыргызской Республики утвержденный Решением Наблюдательного Совета Международного Третейского суда при Торгово-промышленной палате Кыргызской Республики от 8 февраля 2007 года
Типовой закон ЮНСИТРАЛ	Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже
Ускоренный регламент МТС ТПП	Ускоренный регламент Международного Третейского суда при Торгово-промышленной палате Кыргызской Республики утвержденный Решением Наблюдательного Совета Международного Третейского суда при Торгово-промышленной палате Кыргызской Республики от 3 октября 2007 года

ПРОБЛЕМЫ И ПЕРСПЕКТИВЫ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ТРЕТЕЙСКИХ СУДОВ В КЫРГЫЗСТАНЕ: КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВОЙ АСПЕКТ

Айдарбекова Чинара Аскарбековна

судья Конституционной палаты при Верховном суде КР

Деятельность третейских судов в Кыргызстане имеет очень интересную историю, которая тесно взаимосвязана с историей проведения конституционных реформ в нашей стране. Примечательно, что вопросы правового статуса и деятельности третейских судов на протяжении последних двадцати лет, наравне с такими вопросами, как распределение полномочий между ветвями власти, с пристальным вниманием вносились в тексты изменений в Конституцию.

Так, согласно ст.85 Конституции 1993 года третейские суды могли учреждаться на территории айлов, поселков и городов по решению собрания граждан, местных кенешей или иного представительного органа местного самоуправления из граждан, пользующихся уважением и авторитетом. Третейские суды могли рассматривать имущественные, семейные споры и иные предусмотренные законом дела, с целью достижения примирения сторон и вынесения справедливого, законного решения. Такие дела могли рассматриваться только на основе соглашения сторон о передаче дела на их рассмотрение. Вместе с этим, конституционная норма предусматривала, что решения третейских судов могут быть обжалованы в соответствующие суды районов и городов Кыргызской Республики. Следует отметить, что данная норма Конституции от 1993 года *уравнивала статус и компетенцию третейских судов и судов аксакалов* и признавала их одинаково досудебными органами, создаваемыми для разрешения конфликтов.

Содержательное понимание этих двух институтов уже раскрывалось в соответствующих нормативных правовых актах, и эта правовая интерпретация в дальнейшем определила их правовой статус и место среди институтов, разрешающих споры и разногласия.

Так, в апреле 1994 года был принят Закон КР «О Торгово-промышленной палате Кыргызской Республики», в ст.13 которого было указано, что при Торгово-промышленной палате КР может быть образован третейский суд, как орган, осуществляющий примирение сторон или выполняющий иные функции третейских судов, которые не имеют статуса юридического лица. Торгово-промышленная палата КР (ТПП КР), как организация, призванная выражать и защищать интересы предпринимателей республики, содействовать

развитию торговых связей страны с другими государствами¹, стала активно применять процедуры рассмотрения споров между предпринимателями, принятые международными коммерческими арбитражами.

Небольшая практика Третейского арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Кыргызской Республики вызвала нарекания со стороны проигравших сторон и поставила перед Конституционным судом КР в октябре 1997 года вопрос о конституционности статуса и практики третейского суда. Конституционный суд КР признал неконституционным создание юридическим лицом (ТПП КР) третейского суда, который согласно ст.85 Конституции мог учреждаться по решению собрания граждан, местных кенешей или иного представительного органа местного самоуправления. Таким образом, функционирование Третейского суда при Торгово-промышленной палате Кыргызской Республики, созданного в нарушение требований Конституции, было недопустимым².

После этого решения Конституционного суда КР конституционная реформа, проходившая в 1998 году, исключила из текста Конституции третейские суды, оставив в ст.85 только нормы относительно судов аксакалов³.

Почти пять лет в стране не могли учреждаться и действовать третейские суды, поскольку законодательные органы, ссылаясь на отсутствие в Конституции норм, разрешающих их деятельность на территории Кыргызской Республики, не принимали нормативных правовых актов, регламентирующих их деятельность. Вместе с тем, развитие международной торговли, необходимость привлечения в страну иностранных инвестиций, требовали от государства внедрения общепризнанных в международном частном праве институтов, способствующих развитию бизнеса, привлечению инвесторов и т.д.

В этой связи в 2001 году принимается распоряжение Президента КР, которым был одобрен отчет Консультативной рабочей группы по выявлению и анализу недостатков судебной системы⁴. В отчете, в частности, было отмечено, что в Кыргызской Республике у участников предпринимательской деятельности отсутствует возможность использования внесудебного способа разрешения экономических споров. Такой метод разрешения споров необходим не только для повышения привлекательности Кыргызской Республики для внешних инвесторов, но и для создания благоприятных условий для инвесторов внутренних. Несмотря на то, что законодательная база республики не содержит прямого запрета на

¹ Статья 1 Закона КР «О Торгово-промышленной палате Кыргызской Республики».

² Решение Конституционного суда КР от 5 декабря 1997 года.

³ Конституция КР от 5 мая 1993 года в редакции Закона КР от 21 октября 1998 года N 134.

⁴ Распоряжение Президента КР от 12 июля 2001 года РП N 220.

использование внесудебных способов разрешения споров, отсутствие запрета само по себе не позволяет полностью реализовывать возможности данного института. В качестве разрешения данной проблемы Консультативной рабочей группой было предложено введение института внесудебного порядка разрешения экономических споров (третейский арбитраж) путем внесения дополнений в Конституцию и принятия соответствующего закона⁵.

Воспользовавшись рекомендациями Консультативной рабочей группы, одобренной Президентом КР, в части того, что Конституция не содержит прямого запрета на создание и деятельность третейских судов, в 2002 году был подготовлен проект закона «О третейских арбитражах в Кыргызской Республике» и принят закон в июне 2002 года.

После принятия закона о третейских арбитражах в феврале 2003 года в Конституцию были внесены дополнения, регулирующие учреждение и деятельность третейских судов. Усвоив уроки из вышеуказанного решения Конституционного суда КР, законодатель внес нормы относительно третейских судов в раздел третий, определяющий права и обязанности гражданина, тем самым установив, что третейские суды не являются органами правосудия, и учреждение негосударственных организаций, способствующих разрешению споров, является одним из прав гражданина. Здесь же конституционная норма (ст.38) уточнила, что третейские суды являются *внесудебными органами разрешения споров*, возникающих из гражданских правоотношений, полномочия, порядок их образования и деятельности определяются законом⁶.

По сути, содержательная часть дополнения в Конституцию 2003 года была полностью взята из концепции Закона «О третейских арбитражах в Кыргызской Республике» (июнь 2002 года), что не свойственно для законодательного процесса, который действует, как правило, из иерархичности конституционной нормы и направлен на ее реализацию и «распаковку» в других нормативных правовых актах. Однако такой подход обеспечил устойчивость норм закона о третейских арбитражах после изменений в Конституцию и сохранил концептуальную правовую основу института третейских судов.

Конституционная реформа 2006 года также затронула норму о деятельности третейских судов и внесла в существующий текст о третейских судах только одно дополнение, указав, что они могут учреждаться гражданами Кыргызской Республики. На момент внесения этого дополнения в Конституцию уже действовал МТС ТПП, который был учрежден гражданами Кыргызской Республики, иностранными гражданами и юридическим лицом.

⁵ Распоряжение Президента КР от 12 июля 2001 года РП N 220, стр.2 Отчета.

⁶ Конституция КР от 5 мая 1993 года в редакции Закона КР от 18 февраля 2003 года N 40.

Конституционная новелла породила дискуссию среди юристов о возможности существования созданного третейского суда; о необходимости вывода учредителей третейского суда, не отвечающих требованиям Конституции; о применении права гражданина на учреждение третейского суда к юридическому лицу и т.д.

Опасения ведущих юристов в области коммерческого арбитража были вполне понятны, так как любой правовой риск деятельности МТС ТПП мог поставить под угрозу деятельность всего института третейских судов в Кыргызстане.

Конституционные реформы 2007 года содержательно не изменили нормы о третейских судах, но технически отделили их от норм о судах аксакалов, которые переместили в другую статью⁷.

В январе 2008 года в стенах Конституционного суда КР опять возник вопрос конституционности нормы закона о третейских судах, предусматривающей окончательность решения третейского суда, а также правоприменительной практики МТС ТПП. При этом правовой вопрос был поставлен следующим образом: окончательность решения третейского суда является нарушением конституционной гарантии на судебную защиту прав и свобод; невозможность обжалования решения третейского суда нарушает конституционную норму о возможности обжалования судебных актов⁸.

Конституционный суд КР отказал в удовлетворении ходатайства заявителя и разъяснил, что в соответствии с Конституцией третейские суды не входят в судебную систему КР и соответственно *конституционная норма о праве на обжалование судебных решений не может быть распространена на решение МТС ТПП*. Статья 1 Закона о третейских судах предусматривает, что данный Закон применяется при передаче лишь по взаимному соглашению сторон на рассмотрение третейского суда споров, возникающих из гражданских правоотношений, включая инвестиционные споры. Исходя из этих условий, законодатель установил в указанном законе окончательность решений третейского суда.

С принятием этого решения правовое положение третейских судов было упрочено высшим судебным органом конституционного контроля, которое дало толчок к уверенной деятельности института третейских судов в Кыргызстане.

Новая Конституция от 27 июня 2010 года не изменила местоположение норм о третейских судах (раздел 3. Права и обязанности гражданина), однако изменила редакцию норм, указав, что для внесудебного разрешения споров, возникающих из гражданских

⁷ Конституция КР от 5 мая 1993 года в редакции законов КР от 15 января 2007 года N 2, от 23 октября 2007 года N 157.

⁸ Решение Конституционного суда КР от 19 февраля 2008 года.

правоотношений, могут учреждаться третейские суды, при этом исключив четкое указание на субъект, который может учреждать такие суды. Таким образом, мы вернулись к редакции поправок к Конституции от 2003 года и исключили вопросы, которые могли быть поставлены относительно конституционности учреждения МТС ТПП.

Вместе с этим, вопросы конституционности деятельности и практики третейских судов все еще возникают в нашем обществе и в сентябре 2015 года вновь перед Конституционной палатой Верховного суда КР были поставлены следующие вопросы: окончательность решения третейского суда нарушает конституционное право граждан на судебную защиту; невозможность обжалования решения третейского суда в государственный суд нарушает право граждан на повторное рассмотрение дела вышестоящим судом; окончательность решения третейского суда умаляет конституционное право граждан на судебную защиту, которое не может быть никаким образом ограничено.

Конституционная палата, рассматривая это дело, сделала ряд важных выводов, которые сняли многие вопросы относительно правового статуса, деятельности института третейских судов в нашей стране. В частности, Конституционная палата определила, что:

«судебная защита прав и свобод человека и гражданина осуществляется судами, входящими в судебную систему Кыргызской Республики, которая устанавливается Конституцией и законами Кыргызской Республики и состоит из Верховного суда и местных судов (части 1 и 3 статьи 93 Конституции). Соответственно, другие суды или иные образования, осуществляющие разрешение споров или иных конфликтов, не входящие в судебную систему, не могут осуществлять правосудие в Кыргызской Республике.

Конституция, гарантируя право на судебную защиту, одновременно закрепляет право каждого защищать свои права всеми способами, не запрещенными законом, и поэтому обеспечивает развитие внесудебных и досудебных методов, форм и способов защиты прав и свобод гражданина (части 1 и 2 статьи 40). К числу таких общепризнанных в современном правовом обществе способов разрешения гражданско-правовых споров, вытекающих из свободы договора, из диспозитивных принципов гражданско-правовых и гражданско-процессуальных отношений, относится обращение в третейский суд. Право сторон на передачу гражданско-правового спора в третейский суд также основано на нормах части 2 статьи 42 Конституции, согласно которым в Кыргызской Республике гарантируется право каждого на экономическую свободу, свободное использование своих способностей и своего имущества для любой экономической деятельности, не запрещенной законом.

Конституционно-правовой статус третейских судов, установленный статьей 58 Конституции, предполагает, что они являются образованиями, не входящими в судебную систему, то есть внесудебными органами, специализирующимися на разрешении споров, вытекающих только из гражданско-правовых отношений, полномочия и порядок образования и деятельности которых определяются законом. В этой связи Конституция допускает возможность разрешения гражданско-правовых споров между частными лицами по процедуре третейского разбирательства посредством

третейских судов, действующих в качестве институтов гражданского общества, наделенных публично значимыми функциями. Само по себе предоставление заинтересованным лицам права по своему усмотрению обращаться за разрешением спора в суд общей юрисдикции в соответствии с его компетенцией, установленной законом, или избрать альтернативную форму защиты своих прав и обратиться в третейский суд - по смыслу гарантий, закрепленных статьями 40, 42 и 58 Конституции, не может рассматриваться как их нарушение, а, напротив, расширяет возможности разрешения споров в сфере гражданского оборота.

При этом термин «суд» не обязательно должно пониматься как суд классического типа, встроенный в систему государственных органов, и может подразумевать орган, учрежденный для решения ограниченного числа споров, при неизменном условии, что им соблюдаются необходимые гарантии. К тому же стороны спора, заключая соглашение о его передаче на рассмотрение третейского суда и реализуя тем самым свое право на свободу договора, добровольно соглашаются подчиниться правилам, установленным для конкретного третейского суда.

В этой связи положения Закона, предусматривающие окончательность решения третейского суда и невозможность его обжалования, вытекают из правовой природы института третейских судов, которые основаны на принципе автономии воли и свободы договора; также эти положения являются своего рода результатом принятых на себя обязательств по заключенному третейскому соглашению или арбитражной оговорке, являющейся составной частью договора. Стороны, заключая договор о передаче спора в третейский суд, обязуются выполнить все обязанности, которые могут из него вытекать, и, в частности, исполнить решение третейского суда. Третейское соглашение (арбитражная оговорка) и решение третейского суда рассматриваются как две части единого договора - договора о передаче спора в третейский суд. Вместе с тем третейское разбирательство, предъявление исковых требований, вопросы доказательств, процедура разбирательства, вынесение решения, его исполнение относятся к области гражданско-процессуального права с особенностями, присущими третейскому суду, где эти процедуры могут быть установлены договором или отдельным процессуальным актом (регламентом), с которым стороны соглашаются при подписании третейского соглашения. При этом отличительной особенностью третейского разбирательства является возможность сторон избрания состава арбитров, которому стороны доверяют защиту своих гражданских прав и соответственно признают его решения.

Исходя из этого, следует отметить, что третейское разбирательство, осуществляемое третейскими судами, основанное на принципах гражданско-процессуального права, отлично от гражданско-процессуального законодательства, осуществляемого судами Кыргызской Республики, и может содержать в себе положения, допускающие принятие третейским судом решения, которое может быть окончательным и не подлежащим обжалованию.

Право на судебную защиту, предусмотренное частью I статьи 40 Конституции, распространяется на судебную систему Кыргызской Республики, и, соответственно, право на повторное рассмотрение дела вышестоящим судом, как производное от права на судебную защиту,

реализуется при обращении физического или юридического лица в суд общей юрисдикции.

Недопустимость ограничения права на судебную защиту предполагает, что у лиц должна быть возможность обращения в суд общей юрисдикции по любому вопросу, если только само лицо не откажется от этого права путем заключения письменного соглашения о передаче своего спора в другой альтернативный орган, компетентный рассматривать данный спор.

В силу указанных конституционных установлений обращение физических и юридических лиц, с учетом реализации ими права на свободу договора, к третейскому разбирательству, где допускается разрешение споров посредством общественного саморегулирования, а публичные интересы обеспечиваются законодательными нормами, регуливающими основные принципы процедуры третейского разбирательства, являются правомерными.»⁹.

Такое решение высшего судебного органа конституционного контроля разрешило вопросы *правового статуса внесудебных альтернативных органов разрешения споров*, акцентировало на *принципе свободы договора*, действующего в гражданско-правовых отношениях, и соотношение данного принципа с *правом на судебную защиту*.

Разделяя выводы органа конституционного контроля, призванного обеспечивать, наряду с другими государственными институтами, конституционную законность в нашей стране, хочется отметить, что деятельность третейских судов, сопряженная с разрешением споров и конфликтов, в том числе и имущественного характера, без конституционного закрепления их деятельности и поддержки со стороны конституционных органов власти подвержено большому риску для существования.

Вместе с этим, следует отметить, что наша страна, все еще находится на начальных этапах развития правовых вопросов деятельности третейских судов. Мне видится, что такие правовые вопросы как: возможность рассмотрения третейскими судами всех имущественных споров, относящихся к компетенции государственных судов; возможность рассмотрения третейскими судами споров о принудительном изъятии имущества; организационно-правовые формы постоянно действующих третейских судов; процедура исполнения решений и других актов третейских судов в стране и за пределами нашей страны и другие, все еще имеют перспективу на проверку их конституционности.

Диалог между юристами и предпринимателями, обсуждение правовых вопросов деятельности третейских судов, просвещение широкого круга населения способны снизить градус напряженности вокруг института третейских судов и дать импульс развитию этого института в нашей стране.

⁹ Решение Конституционной палаты Верховного суда КР от 9 декабря 2015 года № 16-р.

КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВЫЕ ОСНОВЫ СТАНОВЛЕНИЯ ТРЕТЕЙСКОГО СУДА В КЫРГЫЗСКОЙ РЕСПУБЛИКЕ

Садыков Нурлан Берикович

арбитр МТС ТПП

Первые зачатки становления третейского суда появились еще в Риме. В законах того времени указывалась специфика осуществления альтернативного правосудия: суд должен был быть максимально посторонним для всех спорящих сторон. Роль третейских судов выполняли амфикинии, так называемые религиозные союзы, а в случаях возникновения спора между государствами - Римский сенат.

Особенность третейского разбирательства состоит в том, что делается не по правилам, установленным процессуальными кодексами государства, а по установленным в соответствующем третейском суде, либо избранным самими сторонами правилам. Вынесенное третейским судом решение носит обязательный для сторон характер и исполнение обеспечивается принудительной силой страны.

Различительными чертами третейского разбирательства являются:

- отсутствие досудебного порядка разрешения появившегося спора;
- возможность самостоятельного выбора арбитров;
- возможность разрешения споров в одной инстанции;
- малые сроки рассмотрения споров;
- регрессивная шкала третейских сборов.
- конфиденциальность рассмотрения споров.

Прошло более пятнадцати лет с момента принятия Закона Кыргызской Республики от 30 июля 2002 года N 135 "О третейских судах в Кыргызской Республике". Становление третейского суда в Кыргызстане представляет интерес как с исторической, так и правовой основы, поскольку продолжительное время у политиков имелось недопонимание его роли и предназначения как важного регулятора разрешения споров и конфликтов между частными лицами без обращения в государственные суды.

Между тем, третейский суд – самый старый институт, созданный для разбирательства гражданско-правовых споров. О третейском судопроизводстве писал еще Гомер в своей поэме "Илиада", а отдельные исследователи считают, что третейский суд предшествовал государственному (Ж. Сталев).

В настоящее время в мире существует много различных третейских судов (коммерческих арбитражей). При всем разнообразии исходное положение у них едино: две стороны спора о праве просят третьего рассмотреть и разрешить их конфликт. Отсюда и название третейского суда - суд третьего. Выбирая третейского судью, обращающиеся лица заранее согласны подчиниться его решению.

Альтернативность третейского суда заключается в том, что деятельность по его созданию и разрешению им споров в соответствии с подведомственностью есть частная практика применения закона. Т.е. для создания третейского суда не требуется разрешение какого-либо государственного органа, а достаточно волеизъявления частных субъектов: граждан или организаций.

В конституционной практике Кыргызстана арбитраж вошел в систему государственных судов, а статус третейского суда был неудачно сформулирован в тексте Конституции. Непонимание роли третейского суда послужило основанием для неудачного закрепления в Конституции (в редакции 1993 года) помимо судов общей юрисдикции и арбитражного суда, и статуса третейского суда.

В статье 85 Конституции Кыргызской Республики (в редакции 1993 года) давалось следующее понятие: «По решению собрания граждан, местных кенешов или иного представительного органа местного самоуправления на территории айлов, поселков, городов из аксакалов, иных граждан, пользующихся уважением и авторитетом, могут учреждаться суды аксакалов и третейские суды. Суды аксакалов и третейские суды рассматривают переданные по соглашению сторон на их рассмотрение имущественные, семейные споры и иные предусмотренные законом дела, с целью достижения примирения сторон и вынесения справедливого, непротиворечащего закону решения. Решения судов аксакалов и третейских судов могут быть обжалованы в соответствующие суды районов и городов Кыргызской Республики».

Подобный конституционный статус третейского суда противоречил природе третейского суда, как по порядку его учреждения, так и по наличию порядка обжалования его решений в государственный суд.

Если исходить из этимологии этого слова и международной практики, то арбитраж является негосударственным учреждением для рассмотрения частных споров. «Arbitrage» — слово французского происхождения, обозначает справедливое решение судьи (арбитра). В современном французском языке, «arbitre» обычно означает рефери или судью¹⁰. Во многих

¹⁰ Как экономический термин, «Arbitrage» впервые использовал в 1704 году Матеу Де ла Порте (фр. Mathieu De la Porte) в трактате «La science des negocians et teneurs de livres» («Наука торговать»), для

европейских странах арбитраж понимается как третейское разбирательство по соглашению сторон, в одной инстанции, независимым от государства арбитром, по процедуре, избранной сторонами.

В ходе неоднократных изменений Конституции в системе правосудия были упразднены арбитражные суды, что в какой-то мере повлияло на понимание роли третейских судов.

Неправильное определение статуса третейского суда в прежней Конституции (1993 года) не явилось преградой для закрепления этого института в Законе Кыргызской Республики "О торгово-промышленной палате Кыргызской Республики", а также решения Президиума Торгово-промышленной палаты Кыргызской Республики от 28 декабря 1994 года "О создании постоянно действующего третейского арбитражного суда при торгово-промышленной палате Кыргызской Республики".

По сути, законом справедливо позволялось формировать третейский суд при Торгово-промышленной палате КР, но эта норма вступила в формальное противоречие с Конституцией. В дальнейшем это дало повод Конституционному суду КР 5 декабря 1997 года (по жалобе президента закрытого акционерного общества "Ак-Кеме" Сарымсакова Р.А.) признать неконституционной и несоответствующей статьям 12 и 85 Конституции Кыргызской Республики статью 13 Закона Кыргызской Республики "О торгово-промышленной палате Кыргызской Республики" и отменить действие статьи 13 Закона "О торгово-промышленной палате Кыргызской Республики" и решение Президиума торгово-промышленной палаты Кыргызской Республики от 28 декабря 1994 года "О создании постоянно действующего третейского арбитражного суда при торгово-промышленной палате Кыргызской Республики".

С формальной стороны это было юридически правильное решение и оно послужило основой для установления легитимного статуса третейского суда при проведении неоднократных конституционных изменений. Но при этом, указанное решение Конституционного суда КР стало создавать непонимание у политиков и в результате проведенного Референдума от 21 октября 1998 года народ «отменил» третейский суд и исключил его из текста Конституции. Как юристы говорят: довели конституционные страхи.

В ходе дальнейших многочисленных конституционных реформ (2003, 2006, 2007,

обозначения процедуры рассмотрения различных обменных курсов для поиска наиболее прибыльных мест выдачи и погашения векселей. В словаре Брокгауза и Ефрона «Арбитраж» имеет сходное значение: В торговых оборотах, особенно международных, решение вопросов о наиболее выгодных местах и способах уплаты или получения платежей, а также покупки и продажи товаров. (Википедия, <https://ru.wikipedia.org/wiki/>)

2010 годов) редакция положений Конституции о статусе третейского суда менялась, но соответствовала сути и природе третейского суда. В настоящее время в статье 38 Конституции прописано: «Для внесудебного разрешения споров, возникающих из гражданских правоотношений, граждане Кыргызской Республики вправе учреждать третейские суды. Полномочия, порядок образования и деятельность третейских судов определяются законом».

На протяжении 15 лет функционирует Международный Третейский суд при Торгово-промышленной палате Кыргызской Республики, утвержден собственный Регламент, арбитрами приняты сотни решений, увеличивается корпус арбитров, в том числе из-за рубежа. Но до сих пор имеются пессимисты, которые ставят под сомнение его статус и предназначение.

Так, в Конституционную палату при Верховном суде Кыргызской Республики обратилась группа граждан, которая ставила под сомнение принцип окончательности решения третейского суда, установленный статьей 28 Закона КР «О третейских судах в Кыргызской Республике». В основе такого обращения видимо тлелась надежда отдельных граждан на возможность обжаловать решение третейского суда в государственный суд, сыграла прежняя психология сутяжника. Конституционная палата, рассмотрев дело о проверке конституционности статьи 28 Закона КР «О третейских судах в Кыргызской Республике», устанавливающей окончательность решения третейского суда, 10 декабря 2015 года приняла решение о конституционности оспариваемой нормы. Очередная попытка изменить статус третейского суда не удалась.

В Кыргызстане создавались и иные специализированные третейский суды. С 2001 года существовал третейский суд «Калыс консалт» по рассмотрению споров в аграрной сфере. 30 августа 2001 года был принят Указ Президента КР «О проведении пилотных проектов по созданию и функционированию третейского арбитража в аграрной сфере», которым было одобрено проведение пилотных (экспериментальных) проектов в Сокулукском и Ысык-Атинском районах Чуйской области, Кара-Суйском районе Ошской области и Сузакском районе Джалал-Абадской области по созданию и функционированию третейского арбитража по рассмотрению имущественных споров в аграрной сфере.

Совсем недавно были созданы региональный Жалал-Абадский третейский суд, а также третейский суд Центральной Азии, который ставит перед собой задачу рассматривать не только внутренние споры, но и с участием сторон и арбитров Центральной Азии. В перспективе возможно мы увидим и создание специализированных третейских судов.

В 2002 году был создан Третейский суд при Торговой промышленной палате

Кыргызской Республики, но по мере вхождения в его состав иностранных арбитров, он был преобразован со статусом международного третейского суда. На сегодня – это наиболее крупный и устойчивый институт третейского разбирательства.

Опытом и перспективами развития третейского суда поделился Председатель Международного третейского суда Шамарал Майчиев. В интервью газете «Общественный рейтинг» «Третейский суд — перспективы развития» он отмечал, что в качестве истцов, помимо кыргызстанских юридических лиц, выступали британская, турецкая, китайская, украинская и узбекская и др. компании. Список арбитров МТС ТПП включает сотни арбитров из Кыргызстана и более 20 стран мира, таких как Великобритания, США, Швеция, Швейцария, Франция, Россия, Нидерланды, Беларусь, Турция, Казахстан, Узбекистан, Украина, Индия, Хорватия, Румыния, Австрия, Китай, Корея, Польша, Италия, Германия, Монголии, Молдова. МТС ТПП планирует расширить этот список арбитрами из других стран. Сегодня многие юристы активно предлагают своим клиентам записывать арбитражную оговорку Международного третейского суда. По итогам проведенного аппаратом МТС ТПП исследования бизнес-среды Кыргызстана, сотни компаний включили в более чем шесть тысяч контрактов арбитражную оговорку о разрешении своих споров в МТС. Эти данные не являются окончательными.

На вопрос журналиста о том, что в случае приезда к нам международного арбитра, не придется ли ему потратить много времени на изучение процедур и правил работы нашего института третейского разбирательства? Майчиев Ш. отметил, что этого не требуется, поскольку существует регламент ЮНСИТРАЛ, и есть типовый закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже. ЮНСИТРАЛ — это комиссия ООН по праву международной торговли. Этот закон рекомендован всем государствам в качестве основы для национального законодательства в области третейского разбирательства. В частности, закон «О третейских судах в Кыргызской Республике» базируется на этом типовом законе. Регламент Международного третейского суда также построен на основе регламента ЮНСИТРАЛ, и для любого приехавшего к нам международного арбитра не будет в новинку регламент МТС ТПП и Закон о третейских судах в Кыргызской Республике. А в области работы государственных судов каждая страна имеет свое законодательство, и оно во многом различается. Это тоже одно из преимуществ именно третейского разбирательства.

В феврале 2006 года утверждены Правила по оказанию Международным третейским судом при ТПП КР содействия арбитражу, в том числе в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ. Получено письмо Генерального секретаря Международного бюро постоянного Арбитражного суда в Гааге, в котором отмечено, что за нашим судом

признано право действовать в качестве компетентного органа в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ и оказывать организационное содействие арбитражным разбирательствам на основании Регламента ЮНСИТРАЛ.

Майчиев Ш. также отметил, что мы стараемся устанавливать и поддерживать сотрудничество с арбитражными институтами стран всего мира. Так, МТС ТПП подписал двусторонние соглашения о сотрудничестве в области международного коммерческого арбитража с Постоянным Третейским судом при ТПП Словении, с Третейским судом Республики Беларусь, с Международным Третейским судом юридического центра «IUS», Казахстан. В самое ближайшее время планируется подписание соглашения с Арбитражным Институтом Германии.

Международный третейский суд при ТПП прошел небольшой, но сложный путь становления и непонимания, и сумел стать авторитетным институтом для рассмотрения споров между бизнес-структурами, гражданами. В какой-то мере третейский суд достаточно существенно разгружает государственные суды. Еще много организационных вопросов предстоит решать, еще много коллизий возникнет на стыке права и практики, но, несомненно, институт третейского разбирательства в Кыргызстане состоялся.

Сомнения в его деятельности всегда будут со стороны недобросовестных лиц, но самое главное, третейский суд стал институтом, основанном на доверии сторон, стал инструментом скорого и объективного рассмотрения инвестиционных споров. Уверенно можно сказать, что с ростом правовой культуры арбитров и укреплением материальной основы третейского суда возрастет количество обращающихся к нему граждан.

АРБИТРАБЕЛЬНОСТЬ СПОРОВ В КЫРГЫЗСКОЙ РЕСПУБЛИКЕ: НЕКОТОРЫЕ ПРАВОВЫЕ АСПЕКТЫ

Сабиров Нурбек Нурканович

*арбитр МТС ТПП,
партнер Юридической фирмы «Kalikova & Associates»*

В правоприменительной практике возникают вопросы об арбитрабельности отдельных споров в силу наличия в законодательстве словосочетаний «суд», «в судебном порядке», либо в силу указания в законодательстве на исключительную подсудность тех или иных споров государственным судам. Эти вопросы являются весьма существенными, так как от интерпретации арбитрабельности зависит действительность арбитражной оговорки, компетенция третейского суда, принудительное исполнение решения третейского суда и в целом развития института третейского суда в КР.

В данной статье мы рассмотрим такие вопросы, как означает ли наличие в законодательстве слов или словосочетаний «суд», «в судебном порядке», «по решению суда» автоматическую неарбитрабельность указанных споров, а также могут ли третейские суды рассматривать споры, для которых предусмотрена исключительная подсудность государственным судам.

1. Наличие в законодательстве словосочетаний «суд», «в судебном порядке», «по решению суда»

Указание в законе на то, что тот или иной спор подлежит разрешению в суде или в судебном порядке, не означает, что в таком случае спор автоматически является неарбитрабельным. ГК КР содержит большое количество норм, в которых присутствует словосочетания «*может быть признано судом*», «*в судебном порядке*» или «*расторгнут судом*» и т.д. На первый взгляд может показаться, что в таких случаях споры подлежат разрешению в государственных судах. По моему же мнению данная позиция является необоснованной, в силу следующих причин:

- Конституция КР, как закон, имеющий высшую юридическую силу, ясно установила, что *споры, вытекающие из гражданских правоотношений*, являются арбитрабельными.¹¹ Следовательно, наличие в ГК КР словосочетаний, содержащих слово «суд» в той или иной форме не влекут за собой автоматическую неарбитрабельность споров;
- В ч. 2 ст. 45 Закона о третейских судах указан исчерпывающий перечень неарбитрабельных споров. Данный перечень открытый. В частности, в третейских судах не

¹¹ Статья 58 Конституции КР.

могут рассматриваться споры, в отношении которых *законом установлена невозможность их передачи на разрешение третейского суда*. Из буквального прочтения данной нормы, можно сделать вывод о том, что законодатель определил, что неарбитрабельность споров должна быть *однозначно выражена* в законе путем ясного установления невозможности передачи спора на разрешение третейского суда. Однако словосочетания со словом «суд», которые имеются, к примеру, в ГК КР, не означают, что в отношении таких споров законом установлена невозможность их передачи на разрешение третейского суда;

- Конституционная палата Верховного суда КР в своем решении от 9 декабря 2015 года указала, что: «... не исключается создание третейских судов для разрешения споров между физическими и юридическими лицами. При этом термин "суд" не обязательно должен пониматься как суд классического типа, встроенный в систему государственных органов, и может подразумевать орган, учрежденный для решения ограниченного числа споров, при неизменном условии, что им соблюдаются необходимые гарантии. К тому же стороны спора, заключая соглашение о его передаче на рассмотрение третейского суда и реализуя тем самым свое право на свободу договора, добровольно соглашаются подчиниться правилам, установленным для конкретного третейского суда.». Таким образом, Конституционная палата Верховного суда КР подтвердила, что термин «суд» не означает автоматически государственный суд, под ним также можно понимать и третейский суд, учрежденный для разрешения определенных споров в соответствующем порядке;

- Заслуживает внимания практика Европейского суда по правам человека, который разъяснил, что Конвенция о защите прав человека и основных свобод отнюдь не создает для государственных судов какой-либо «монополии» на отправление правосудия, препятствующей функционированию третейского суда, а также дважды в своих актах указал следующее: «Слово «суд» в статье 6, пункт 1 (*авт.*: имеется в виду Конвенция о защите прав человека и основных свобод) не обязательно должно пониматься как обозначающее судебное учреждение классического вида, интегрированное в стандартный судебный механизм».¹²

Из вышеизложенного следует, что наличие в законодательстве словосочетаний «суд», «в судебном порядке» не означает автоматическую неарбитрабельность указанных споров. Таким образом, в каждом конкретном случае при решении вопроса об арбитрабельности спора необходимо подходить отдельно, руководствуясь следующими критериями:

- Вытекает ли спор из гражданских правоотношений?
- Не подпадает ли спор под перечень неарбитрабельных споров, установленный Законом о третейских судах?

¹² Карабельников Б.Р. Международный коммерческий арбитраж. 2012. Стр. 18.

- Устанавливает ли закон однозначно и ясно невозможность передачи спора на разрешение третейского суда?

Если спор вытекает из гражданских правоотношений и не входит перечень неарбитрабельных споров, установленный Законом о третейских судах, а другим законом не установлена невозможность передачи спора на разрешение третейского суда, то такой спор является арбитрабельным по законодательству КР.

К примеру, является ли арбитрабельным спор об обращении взыскания на заложенное имущество – единственное жилье, учитывая, что закон указывает на то, что обращение взыскания на такое имущество осуществляется *только судом*. Попробуем разобрать данную ситуацию, используя указанные выше критерии:

Во-первых, спор вытекает из гражданских правоотношений, следовательно, с точки зрения арбитрабельности в настоящем случае имеет место соответствие ст.58 Конституции КР.

Во-вторых, данный спор не входит перечень неарбитрабельных споров, установленный Законом о третейском суде. Однако данный перечень носит открытый характер, поэтому необходимо проверить, нет ли указаний в законе на то, что данный спор не может быть передан на рассмотрение третейского суда.

В третьих, закон указывает, что такое обращение взыскания осуществляется только по решению суда (п.4 ст.335 ГК КР, п.1 ст.62 Закона о залоге). Однако это не следует рассматривать как однозначное и ясное указание закона на невозможность передачи спора на разрешение третейского суда, поскольку:

- В ст.335 ГК КР и ст.60 Закона о залоге предусматривается два способа обращения взыскания на заложенное имущество: (1) судебный порядок; (2) внесудебный порядок. Здесь важно разобраться, что понимается под внесудебным порядком;

- В свою очередь, согласно ст.335 ГК КР и ч.1 ст.60 Закона о залоге под внесудебным порядком обращения взыскания на заложенное имущество понимается не третейское разбирательство, а обращение взыскания на заложенное имущество на основании договора о залоге либо соглашения, содержащих условия о порядке обращения взыскания на предмет залога во внесудебном порядке либо исполнительной надписи нотариуса;

- Согласно ч.4 ст.10 Закона о залоге стороны могут предусмотреть в договоре о залоге арбитражную оговорку о передаче на рассмотрение третейского суда всех или определенных споров, которые могут возникнуть между ними, в связи с залоговыми правоотношениями. Следовательно, закон позволяет включать арбитражную оговорку в

договор о залоге и рассматривает споры, вытекающие из залоговых правоотношений, а соответственно и об обращении взыскания на заложенное имущество, арбитрабельными;

- Как было указано выше в соответствии с решением Конституционной палаты Верховного суда КР от 9 декабря 2015 года термин «суд» не означает автоматически государственный суд, под ним также можно понимать и третейский суд;

- Таким образом, следует вывод, что п.4 ст.335 ГК КР и п.1 ст.62 Закона о залоге не устанавливают однозначно и ясно невозможность передачи спора на разрешение третейского суда, как того требует Закон о третейских судах для установления неарбитрабельности спора. Следует признать, что включение в Закон о залоге процессуальных вопросов (куда подавать иск, по каким процессуальным нормам такой иск рассматривается) создают дополнительные сложности для разрешения вопроса об арбитрабельности. Но, на мой взгляд, указанные процессуальные аспекты подлежат применению исключительно при обращении в государственный суд, и не исключают арбитрабельность спора третейскому суду.

Из вышеизложенного следует, что под внесудебным порядком обращения взыскания на заложенное имущество в правоотношениях по залогу понимается обращение взыскания на основании соглашения о внесудебном порядке обращения взыскания. То есть процедура, при которой у залогодателя ограничены возможности защитить свои права. Следовательно, можно сделать вывод, что поправки о том, что на единственное жилье обращение взыскания может быть только по решению суда, исключают возможность обращения взыскания на основании соглашения об обращении взыскания во внесудебном порядке, но не устанавливают неарбитрабельность данных споров.¹³ Кроме того, в процессе третейского разбирательства не происходит автоматического и упрощенного обращения взыскания на заложенное имущество, как это происходит по соглашению о внесудебном порядке обращения взыскания. Сторонам предоставляются такие же стандарты для защиты своих прав, как и в гражданском процессе. А на этапе принудительного исполнения решения третейского суда осуществляется государственный судебный контроль, в результате которого государственный суд может отказать в выдаче исполнительного листа при наличии установленных законом оснований.

¹³ Данный вывод также следует из справки обоснования к закону от 4 февраля 2014 года N 27, которым было установлено, что взыскание на заложенное имущество - единственное жилье, - осуществляется только судом (<http://www.kenesh.kg/ru/draftlaw/18619/show>) Этот документ проливает свет на замысел законодателей. Совершенно очевидно, что они не ставили целью установить неарбитрабельность указанных споров. Законопроект направлен на исключение возможности обращения взыскания на единственное жилье на основании соглашения об обращении взыскания во внесудебном порядке.

В контексте вышеуказанного примера, хотелось бы обратить внимание на установление подзаконным актом неарбитрабельности споров. В частности, речь идет о нормативном акте НБКР, которым определено, что единственное жилое помещение, выступающее предметом залога, подлежит взысканию исключительно в судебном порядке и реализуется через публичные торги, за исключением случаев, предусмотренных законодательством. *Не допускается включение в договоры и соглашения арбитражной (третейской) оговорки об обращении взыскания на предмет залога*¹⁴. Однако такой нормативный акт НБКР, устанавливающий неарбитрабельность споров, противоречит законодательству КР, в частности:

- статье 58 Конституции КР, которой установлено, что *полномочия*, порядок образования и деятельность третейских судов определяются законом. Вопрос о полномочиях третейского суда напрямую связан с вопросом арбитрабельности, так как неарбитрабельность спора автоматически исключает полномочия третейского суда рассматривать такие споры. Однако в нарушении данной нормы Конституции КР, вопрос полномочий третейского суда в виде их ограничений установлен не законом, а нормативным актом НБКР;

- пункту 2 ст.45 Закона о третейских судах, согласно которой неарбитрабельными являются споры, в отношении которых *законом* установлена невозможность их передачи на разрешение третейского суда. Однако в этом случае неарбитрабельность спора установлена не законом, а подзаконным актом - постановлением НБКР.

Возможно, НБКР, принимая такое постановление, руководствовался п.4 ст.335 ГК КР, п.1 ст.62 Закона о залоге о том, обращение взыскания на единственное жилье, физического лица, осуществляется только по решению суда. Однако, выше приведено обоснование того, что указанные нормы не означают неарбитрабельность таких споров. Кроме того, ни в п.4 ст.335 ГК КР, ни в п.1 ст.62 Закона о залоге не указано, что не допускается включение в договоры и соглашения арбитражной (третейской) оговорки об обращении взыскания на залог, где предметом выступает единственное жилье, физического лица.

2. Исключительная подсудность споров государственным судам

Что касается исключительной подсудности споров государственным судам, здесь важно различать понятия подведомственности и подсудности.

¹⁴ Подпункт 9 п.21 Положения «О минимальных требованиях к порядку предоставления финансовых услуг и рассмотрения обращений потребителей», утвержденного постановлением Правления НБКР от 24 июня 2015 года № 35/10

Подведомственность более широкое понятие, чем *подсудность*, поскольку означает отнесение споров к ведению различных органов. Следовательно, только при подведомственности спора государственным судам, может идти речь о *подсудности* - разграничении компетенции между государственными судами.

Стороны, заключив соглашение о передаче арбитрабельного спора, третейскому суду, исключают подведомственность спора, вытекающего из данных правоотношений, государственным судам, поэтому при наличии арбитражной оговорки государственный суд отказывает в принятии иска.¹⁵ Такой спор уже не входит в компетенцию государственного суда. Следовательно, если отсутствует подведомственность спора государственным судам, не может быть и речи о подсудности спора тому или иному государственному суду, даже если речь идет о споре, в отношении которого установлена исключительная подсудность.

К примеру, если в суд общей юрисдикции будет подан иск о признании неконституционной нормы закона, речи о подсудности уже быть не может (нет смысла определять будет ли суд по месту нахождения ответчика рассматривать дело или нет), поскольку, рассмотрение данного спора в принципе не подведомственно (не входит в компетенцию) судам общей юрисдикции¹⁶. Аналогичным образом, стороны, заключив соглашение о передаче спора, к примеру, вытекающему из прав на недвижимое имущество, третейскому суду, исключают подведомственность спора государственным судам. Следовательно, в таком случае вопрос подсудности спора тому или иному государственному суду (включая такой вид подсудности как исключительная) становится излишним, так как отсутствует подведомственность спора государственному суду.

Подсудность производное понятие по отношению к подведомственности, поскольку, в первую очередь должна быть компетенция у государственного суда, а потом уже определяется подсудность - какой именно государственный суд будет рассматривать спор. Таким образом, исключительная подсудность, установленная в ГПК КР, не означает, что такие споры не могут быть переданы на рассмотрения третейского суда. Данный вывод также подтверждается ст.27 главы 3 (Подведомственность) ГПК КР, предусматривающей, что по соглашению сторон спор, подведомственный суду может быть передан на рассмотрение третейскому суду. Следовательно, передача спора на рассмотрение третейскому суду, исключает подведомственность спора государственному суду, а нормы

¹⁵ Пункт 3 части 1 статьи 137 ГПК КР.

¹⁶ Конституционная палата Верховного суда КР признает неконституционными законы и иные нормативные правовые акты в случае их противоречия Конституции (п.1 ч.6 ст.97 Конституции КР).

ГПК КР об исключительной подсудности не подлежат истолкованию как, устанавливающие неарбитрабельные споры.

В этой связи также хотелось бы обратить внимание на практику Конституционного суда РФ, который в своем решении указал, что отнесение к исключительной компетенции арбитражных (государственных) судов в РФ споров предметом, которых являются недвижимое имущество, если такое имущество находится на территории РФ не может рассматриваться как обстоятельство, исключающее возможность передачи споров по поводу недвижимого имущества на рассмотрение третейских судов¹⁷.

Резюмируя, еще раз обращаю внимание на ключевые выводы:

- наличие в законодательстве слов или словосочетаний "суд", "в судебном порядке", "только судом" не влечет автоматическую неарбитрабельность спора. В каждом конкретном случае необходимо разбираться, применяя, в том числе, критерии, предложенные в данной статье;

- положения ГПК КР об исключительной подсудности определенных споров не означают неарбитрабельности таких споров;

- для признания спора неарбитрабельным необходимо четкое указание в законе, а не в подзаконных актах, о невозможности передачи спора на разрешение третейского суда.

Безусловно, что для формирования надлежащей правоприменительной практики критическое значение имеет мнение судебной власти по указанным вопросам, так как в итоге принудительное исполнение решения третейского суда осуществляется путем выдачи государственным судом исполнительного листа.

¹⁷ Постановление Конституционного суда РФ от 26 мая 2011 г. N 10-П

АВТОНОМИЯ АРБИТРОВ ПРИ ОПРЕДЕЛЕНИИ ЗАКОНА, ПРИМЕНИМОГО К СУЩЕСТВУ ДЕЛА*

Николай Натов

*международный арбитр, руководитель
Департамента по МЧП, Софийский университет (Болгария)*

Для тех, кто знаком с частным международным правом, правильное определение права, применимого к существу международного арбитражного дела, несомненно имеет решающее значение для результата спора. Отношения между материальным правом, подлежащим применению, и результатом арбитража более чем очевидны. Не следует забывать и о значимости финансовых аспектов международных арбитражных решений, на которые прямое влияние оказывает применимое материальное право. Последствия неправильно определенного права могут быть тяжелыми для проигравшей стороны или для обеих сторон, участвующих в споре.

Следовательно, предметом настоящей статьи будет вопрос автономии арбитров при определении права, применимого к существу дела. Ее вклад на основе практического опыта автора будет заключаться в попытке рассмотреть следующее: что такое автономия и ее пределы; когда арбитры должны применять правила государственной политики; является ли выбор права, сделанный сторонами в споре, обязательным для арбитров, и если да, то в какой степени; как арбитры определяют материальное право в отсутствие выбора сторон; какие методы определения материального права применяются арбитрами; в чем может заключаться обязанность арбитров, чтобы сделать судебный приговор законным; и какова роль обязательных (имеющих преимущественную юридическую силу) правил для международного арбитража.

Анализ будет основываться главным образом на Законе о международном коммерческом арбитраже (ЗМКА / БГ) Республики Болгарии. ЗМКА будет сравниваться с аналогичными статутами в других государствах, а также с основными международными документами в этой сфере - Нью-йоркской конвенцией о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений и Европейской конвенцией о международном торговом арбитраже. Для иллюстрации подхода арбитров в стране будут рассмотрены некоторые примеры из практики Арбитражного суда Торгово-промышленной палаты Болгарии. Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном коммерческом арбитраже (ТЗМКА), Типовые арбитражные правила ЮНСИТРАЛ, а также Арбитражный регламент

* Опубликовано: Чешский (& Центральноевропейский) ежегодник арбитража - ČESKÁ (& STŘEDOEVRÓPSKÁ) ROČENKA ROZHODČÍHO ŘÍZENÍ, № 2, 2012. стр. 171-190.

МТП также будут использоваться в качестве основы в целях общего рассмотрения вопроса автономии арбитража.

В статье утверждается, что арбитры пользуются широкой свободой при определении права, применимого к существу международного арбитражного спора, но что эта свобода ограничена. Арбитры не связаны законом, подобно государственным судьям при определении материального права и не обязаны применять все правила, которые должен применять государственный судья при рассмотрении международного дела.

Если стороны международного арбитражного дела выбрали материальное право, арбитры должны уважать этот выбор и применять его. Обычно этот закон берется из страны, отличной от той, где находится место проведения арбитража, или исходит из национального законодательства одной из сторон или из общегосударственного права, знакомого некоторым из арбитров (вообще говоря, иностранного права). Принимая во внимание обязательные (имеющие преимущественную юридическую силу) правила места проведения арбитража, третейский суд должен применять этот закон в той мере, в какой он не противоречит нормам государственной политики. Это последнее условие представляет собой одно из немногих ограничений свободы арбитров. Если в законе, выбранном сторонами, могут быть пробелы, арбитры должны устранить эти пробелы, применив нормы закона, специально предназначенные для этой цели. Применяя закон, выбранный сторонами, арбитры не обязаны соблюдать коллизионные нормы места арбитража, если арбитры на основании обстоятельств, имеющихся в каждом конкретном деле, не решат, что они должны так поступать.¹⁸

Когда стороны согласны с тем, что выбранный закон должен включать нормы коллизионного права, арбитры должны применять правила коллизионного права. Обычно такой широкий охват, разрешенный сторонами, сопровождается просьбой, вытекающей из закона, о том, что выбор должен быть явным, иначе арбитры будут обязаны применять только материальные нормы выбранного закона. В таких случаях материальные нормы выбранного закона ограничивают свободу арбитров.

Когда стороны не могут выбрать материальное право, применение коллизионных норм закона места проведения арбитража также не является обязательным для арбитров. Вопрос о том, применять ли их, остается на их усмотрение. Если они решат применять коллизионные нормы, это может совпадать не только с нормами места проведения

¹⁸ Обычно место арбитража выбирается по практическим соображениям, например, в силу географической близости или нейтральности, поэтому переоценивать роль места не следует - более подробно см. *Гэри Б. Борн*, *Международный коммерческий арбитраж*, Гаага: Вольтерс Клувер Закон и бизнес 1679 и далее. (2009).

арбитража, но также с нормами частного международного права, принадлежащими другой стране.

Арбитры могут непосредственно выбирать материальные правила, применимые к существу дела, и выбор может быть сделан без обращения к какой-либо норме коллизионного права, если арбитры решают, что такая норма отсутствует или существующая норма не применима к конкретному делу. Такими материальными нормами могут быть нормы любого национального законодательства.

В обеих ситуациях выше - когда стороны выбрали или когда они не смогли сделать свой выбор, арбитры должны учитывать намерения сторон, условия договора и его коммерческое использование (торговый узанс), а также соответствующие виды коммерческого использования. Эти последние соображения представляют собой определенные ограничения для свободы арбитра.

Согласно статье 38, пункт 1 Закона о международном коммерческом арбитраже Республики Болгария¹⁹: «Третейский суд принимает решение по спору в соответствии с правом, избранным сторонами. Если не оговорено иное, выбор права будет касаться материального права, а не норм коллизионного права». В пункте 2 этой же статьи далее говорится, что «[если] стороны не указали применимое право, третейский суд применяет право, указанное в коллизионных нормах, которые он считает применимыми». В пункте 3 Закона далее говорится « [во] всех случаях арбитражный суд применяет условия контракта и учитывает торговый узанс». Без сомнения, это правило является копией пункта 1 статьи VII Европейской конвенции о международном коммерческом арбитраже.²⁰ Статья 17 Арбитражного регламента МТП аналогична.

Подробное рассмотрение этого отрывка из ЗМКА / БГ демонстрирует следующее:

Во-первых, это правило позволяет сторонам международного арбитражного спора выбирать право, применимое к существу спора. Автономия сторон (или автономия воли сторон) не является обязательной для сторон, но является вариантом. Во-вторых, согласно вышеизложенному правилу ЗМКА / БГ, закон, выбранный сторонами, является обязательным для арбитражного суда, и арбитры обязаны его соблюдать. В-третьих, стороны могут принять решение только о выборе материальных норм применимого права. Если это так, то арбитры будут применять эти нормы таким же образом, как они применялись бы в

¹⁹ Закон о международном коммерческом арбитраже (ЗМКА) был опубликован в Государственной газете (ГГ) № 60/5 августа 1988 года; с изменениями ГГ 93/2 ноября 1993 года, с изменениями ГГ 59/26 мая 1998 года, с изменениями ГГ 38/17 апреля 2001 года, с изменениями ГГ 46/7 мая 2002 года, с изменениями ГГ 102/1 ноября 2002 года, с изменениями ГГ 59/20 июля 2007 г.

²⁰ Опубликовано в Болгарии в ГГ 57/21 июля 1964 года.

стране их происхождения. Вторым вариантом является то, чтобы стороны выбрали коллизионные нормы применимого права вместе с его материальными правилами. В таких ситуациях арбитры должны соблюдать коллизионную привязку выбранного частного международного права (ЧМП) и применять нормы, выбранные этой привязкой. Этот вариант, тем не менее, может привести к *renvoi* в двух формах: обратная отсылка и отсылка к праву третьей страны со всей неопределенностью, которая сопровождает применение коллизионных норм ЧМП. Арбитры должны применять нормы, независимо от того, являются ли выбранные нормы материальными или коллизионными нормами.

Здесь пассаж ЗМКА / БГ, процитированный выше, добавляет такой элемент, который важен для установления пределов свободы арбитра при определении материального права. Как мы отмечали ранее, если стороны согласны с тем, что правила коллизионного права должны охватываться законом, применимым к спору, их согласие на такой выбор должно быть явным. В случае отсутствия явного соглашения арбитры обязаны применять только выбранные материальные нормы. Болгарские составители строго следуют правилу, указанному в статье 28 (1) ТЗМКА, озаглавленной «*Правила, применимые к [существу] спора*», второй абзац которого гласит: «... любое назначение закона или правовой системы данного государства толкуется, если не указано иное, как непосредственно относящееся к материальному праву этого государства, а не к его коллизионным нормам».

Если в выбранном законе имеются пробелы и проблемы существа дела не могут полностью регулироваться выбранным материальным правом, то автономия арбитров при нахождении норм для заполнения этих пробелов ограничивается обязательством использовать исключительно нормы материального права, выбранного сторонами. Они могут использовать только нормы этого закона, которые конкретно предназначены для заполнения пробелов. Это требование накладывает конкретные ограничения на автономию арбитра в подобных ситуациях.

В-четвертых, арбитры должны решить, какой закон применять в тех случаях, когда выбор сторонам не предоставляется. Тогда арбитры могут пользоваться широкой свободой при определении этого закона. Выбор правил оставляется на усмотрение арбитра²¹. То, что они могут сделать в первую очередь, - это решить вопрос о том, какие нормы коллизионного права применяются для того, чтобы найти материальное право. Здесь могут появиться два варианта: правилами могут быть коллизионные нормы места проведения арбитража или

²¹ Иван Владимиров (Иван Владимиров), *Арбитражът в Международното Частно Право (Арбитраж в международном частном праве)*, София: Издателска къща СОФИ – Р (София: Издательство СОФИ-Р) 168 (2000).

нормы коллизионного права, взятые из ЧМП другой страны, которые арбитры сочтут подходящими.

Статья 38 (2) ЗМКА / БГ явно не распространяет свободу арбитров на то, чтобы непосредственно делать выбор норм материального права. Но правило должно толковаться как благоприятное для этой возможности. Такое толкование следует из фразы «считается применимым» в отношении «коллизионных норм», которые указывают на закон. Можно усмотреть неявный смысл в этом пункте нормы, что открывает еще одну возможность для арбитров. Согласно этому пассажи, если арбитры считают в конкретном случае, что ни одно правило о коллизии не существует вообще или не может быть применено, тогда они могут непосредственно выбирать нормы материального права, которые должны регулировать существо дела. В таких ситуациях, если нормы материального права были выбраны непосредственно арбитрами, это могут быть нормы любого национального законодательства, которые арбитры сочтут применимыми.²²

С другой стороны, в отличие от обязанности болгарских государственных судов применять коллизионные нормы болгарского ЧМП, если арбитры решат применить правила коллизионного права, они не обязаны применять болгарские коллизионные нормы.²³ Несмотря на то, что это обязательство не налагается на арбитров, болгарская арбитражная практика показывает, что арбитры порой неохотно отказываются от использования Болгарского кодекса частного международного права (то есть норм внутреннего коллизионного права) и неявно следуют его принципам. Однако эта же практика указывает на то, что арбитражные суды в Болгарии не забывают «более тонкий и неформальный характер арбитража по сравнению с работой судебных органов»²⁴

В-пятых, условия контракта должны применяться и арбитрами. Третий пункт статьи 38 ЗМКА / БГ ссылается на условия договора, обязательные для арбитров. Это соответствует обязательному характеру контракта для его сторон. Болгарское законодательство рассматривает договор как закон для сторон. В соответствии со статьей 20 (А) Закона о обязательствах и договорах Болгарии «Контракты имеют силу закона для сторон, которые их

²² Эта интерпретация принимается в доктрине - см., например, объяснение *voie directe* и *voie indirecte* Маргарет Л. Моузес, Принципы и практика международного коммерческого арбитража, Кембридж: Кембридж Юниверсити Пресс 77-78 (2008 г.).

²³ Живко Сталев (Живко Сталев), Арбитраж по Частноправни Спорове (Арбитраж по частным правовым спорам), София: Издателска къща СИЕЛА (София: Издательство СИЕЛА) 126 (1997 г.),

²⁴ Николай Натов (координатор), Бориана Мусева, Вассиль Пандов, Дафина Сарбинова, Николай Бандаков, Станислав Йордански, Теодора Ценова, Цветан Крумов, Захари Янакиев, Болгария, Применение иностранного закона, Мюнхен: Продавци – European Law Publishers GmbH 145, 158 (С. Е. Mota, J. L. I. Buhigues, G. Palao ред. 2011 г.).

заключили».²⁵ Поскольку стороны согласовали условия своего контракта и условия имеют силу закона, влияние этих фактов на определение закона, применимого к существу дела международного арбитражного разбирательства, такое же, как если бы стороны выбрали этот закон. А поскольку арбитры обязаны применять закон, выбранный сторонами, они также обязаны применять условия договора между этими же сторонами.

В-шестых, торговый уланс должен учитываться арбитрами, когда они рассматривают применимый закон. Несомненно, здесь вторым намерением пункта 3 статьи 38 ЗМКА / БГ подразумевается использование уланса международной торговли. Из-за того, что торговый уланс сам по себе не является законом, арбитры могут его не учитывать. Эта формулировка ясна: «Во всех случаях арбитражный суд учитывает торговые обычаи».

В целом следует отметить, что, несмотря на эти ограничения в соответствии с болгарским законодательством, которые, как мы видим, применяются на местах, арбитры в Болгарии при рассмотрении международных дел имеют большую свободу в определении права, применимого к существу дела.

Как обсуждалось выше, автономия арбитров в определенной степени ограничена. Мы рассмотрели два ограничения, которые признаны юридически, но есть и другие. Предполагается, что государственная политика устанавливает первый предел для автономии арбитра. Выбор арбитров должен соответствовать критерию государственной политики, когда иностранное право было выбрано применимым к существу спора. Вопрос: какие критерии применять? Национальные критерии или международные? Или следует принять во внимание и то, и другое? ЗМКА / БГ отражает только национальные стандарты. Давайте изучим международные инструменты в этой области с целью поиска решения.

В первую очередь арбитры должны учитывать государственную политику места проведения арбитража. Если они этого не делают, они рискуют вынести решение, основанное на применении материального закона, нормы которого противоречат нормам государственной политики данного места. Это может привести к отмене решения, согласно

²⁵ Закон об обязательствах и договорах (ЗОД), вкл. Деноминацию от 5 июля 1999 г.; Поправки ГГ 2/3 января 1950 г., опубликовано в ГГ 275/22 ноября 1950 г., поправки ГГ 69/28 августа 1951 г., поправки ГГ 92/7 ноября 1952 г., поправки ГГ 85/1 ноября 1963 г., поправки ГГ 27/3 апреля 1973 г., поправки ГГ 16/25 февраля 1977 г., поправки ГГ 28/9 апреля 1982 г., поправки ГГ 30/13 апреля 1990 г., поправки ГГ 12/12 февраля 1993 г., поправки ГГ 56/29 июня 1993 г., поправки ГГ 83/1 октября 1996 г., поправки ГГ 104/6 декабря 1996 г., поправки ГГ 83/21 сентября 1999 г., поправки ГГ 103/30 ноябрь 1999 г., поправки ГГ 34/25 апреля 2000 г., поправки ГГ 19/28 февраля 2003 г., поправки ГГ 42/17 мая 2005 г., поправки ГГ 43/20 мая 2005 г., поправки ГГ 36/2 мая 2006 г., поправки ГГ 59/20 июля 2007 г., поправки ГГ 92/13 ноября 2007 г., поправки ГГ 50/30 мая 2008 г.; Ст. 1. (отменена, ГГ № 12/1993)

этому закону, из-за противоречия между вынесенным решением и правилами государственной политики страны, в которой это решение было вынесено.²⁶

Если место проведения арбитража находится в одной стране, но закон, применимый к арбитражу (*Lex arbitri*), относится к другой стране, тогда решение должно соответствовать правилам государственной политики этой другой страны. Если при такой делокализации арбитража решение основано на применении материального права, норма (нормы которого) противоречит нормам государственной политики страны, в соответствии с законодательством которой арбитражное решение было вынесено, такому решению будет также угрожать отмена.

Во-вторых, арбитры должны также учитывать правила государственной политики страны, в которой решение должно признаваться и исполняться. Если они выносят решение, применяя материальный закон, который противоречит правилам государственной политики страны признания и правоприменения, всегда существует риск того, что арбитражное решение может быть лишено признания и правоприменения в силу того, что оно противоречит государственной политике этой страны. Такая ситуация предусмотрена в пункте 2 (b) статьи V Нью-йоркской конвенции. В тексте предусматривается рассмотрение соответствия арбитражного решения, вынесенного международным арбитражем, правилам государственной политики страны, в которой испрашивается признание или правоприменение. Это же правило было принято национальным арбитражным законодательством других стран. Его базой является ТЗМКА - ст. 34, (2) (b) (ii).

Принципы государственной политики, которые применяются национальными судами, которые могут отменить или отказать в признании и приведении в исполнение международного арбитражного решения, в основном признаются как «международная публичная политика».²⁷ Арбитры обязаны уважать и соблюдать нормы международной публичной политики - «эти правила вытекают из сопоставления основных требований различных внутренних правовых систем и международного публичного права».²⁸

Применение правил государственной политики выявляет еще одну разницу между международными арбитражными судами и государственными судами. Государственные суды, в которых международные арбитражные решения могут быть отменены или лишены

²⁶ См. ст. IX, Европейская Конвенция; ст. 47 (3) ЗМКА/БГ, в которой говорится, что если арбитражное решение противоречит государственной политике Республики Болгария, Верховный кассационный суд может отменить его.

²⁷ *Эммануэль Гайяр*, «Роль арбитража в определении применимого права», Руководство для арбитров международного арбитража, Нью-Йорк: Юрис Паблишинг, Инк. 171, 197-198 (Л. У. Ньюман, Р. Д. Хилл ред., второе издание 2008 г.)

²⁸ Там же, стр.198.

признания и обеспечения исполнения, применяют свои собственные национальные требования и критерии государственной политики. Большинство из этих критериев и требований адаптированы к нормам международной публичной политики. Суды стремятся обеспечить соответствие международного арбитражного решения этим национальным требованиям и критериям.

Фактически, последствия применения государственной политики для выбранного материального права могут быть серьезными. Это может иметь далеко идущие последствия и в конечном итоге привести к пренебрежению выбором сторон или коллизионным правом.

Отказываясь от применения некоторых правил избранного закона по причине учета национальной или транснациональной публичной политики, арбитры исполняют одну из своих основных обязанностей в международном арбитраже – выносить решение с возможностью принудительного исполнения, которое отвечает требованиям международной публичной политики.²⁹

Решение должно успешно пройти проверку государственной политики в двух странах, - в месте нахождения арбитража или в другой стране, в соответствии с законом которой решение было вынесено. Это сделать необходимо, чтобы избежать отмены вынесенного арбитражного решения в месте нахождения арбитража.

Арбитры также должны задуматься о том, как их решение будет признано во время возможной будущей процедуры признания и исполнения арбитражного решения в различных юрисдикциях. Очевидно, чтобы гарантировать, что их решение будет признано и исполнено в этих юрисдикциях, международные арбитры должны также сделать все возможное, чтобы удостовериться, что это решение успешно прошло проверку на соответствие государственной политике в стране в отношении ее будущего признания и правоприменения. Это чрезвычайно важно, особенно когда речь идет о стране, где суды по обеспечению соблюдения судебных решений обязаны применять проверку на соответствие государственной политике *ex officio*.³⁰ Разумеется, арбитры не должны давать гарантий, но, как требует статья 35 Правил МТП «... Арбитражный суд должен действовать в духе настоящих Правил и прилагает все усилия, чтобы удостовериться в том, что решение исполняется по закону». Конечным результатом работы международного арбитража является окончательное исполнение решения.³¹

²⁹ Там же, на 201; *Маргарет Л. Мозес*, Указ. соч., стр. 81-83.

³⁰ *Найгел Блэкеби, Константин Пармасайдс & Алан Редферн, Мартин Хантер, Редферн и Хантер*, О международном арбитраже, Оксфорд: Оксфорд Юниверсити Пресс 656 (2009 г.).

³¹ Там же, стр.517.

Таким образом, наряду с учетом международной публичной политики, следует учитывать также и другие факторы. Арбитры должны иметь в виду: i) государственную политику места арбитража или ii) те же правила страны, в соответствии с законодательством которой должно быть вынесено решение, а также iii) государственную политику той юрисдикции, в которой в конечном итоге арбитражное решение должно быть признано и исполнено.

Эти три группы правил представляют собой первое и самое важное ограничение в отношении автономии арбитров при определении применимого права.

Когда стороны согласятся о том, что будут применяться только материальные нормы выбранного закона, арбитры ограничены этим решением. Они не могут применять некоторые другие нормы, но только те, которые согласованы сторонами. В таких ситуациях стороны препятствуют возможности обременения процесса принятия решений в ожидании *renvoi*. Они не принимают обратную отсылку и отсылку к праву третьей страны (две формы *renvoi*), поскольку характер обеих заключается в том, чтобы ввести неопределенность при рассмотрении существа дела из-за трудности определения применимого материального права.³²

Если материальный закон, который выбран сторонами, не содержит полного регулирования для конкретного дела или ослабляется пробелами, арбитры могут заполнить эти пробелы, выбирая нормы для этой цели. Однако в этом автономия арбитров снова ограничивается материальным правом, выбранным сторонами. Это означает, что арбитры должны оставаться в пределах выбранного материального права и попытаться найти в этом праве нормы для устранения таких пробелов. Им не разрешается выходить за эти границы и напрямую выбирать материальное право другой страны в поисках ответов. Они могут применять иностранное право только в качестве исключения и когда ясно, что в выбранном праве нет соответствующих норм.

Международные арбитры должны уважать намерения сторон. Без сомнений это обязанность арбитров, когда стороны непосредственно избрали право. Они обязаны уважать намерения сторон, даже если стороны не смогли непосредственно выбрать право или сделали это, но неявным образом. Это объясняется тем, что арбитры обязаны приложить все усилия, чтобы понять (или даже расшифровать) намерения сторон. Они обязаны углубиться в изучение деталей контракта и понять из этих подробностей намерения сторон, которые

³² См. Маргарет Л. Мозес, Указ.соч., стр. 73-74.

были реализованы в положениях контракта. Такой метод применяется Арбитражным судом Болгарской торгово-промышленной палаты.³³

Намерения сторон должны вытекать из их предыдущих отношений, из их переписки, из результатов их встреч и переговоров, из практики, которую они установили между собой. При этом арбитры в первую очередь стремятся определить намерения сторон в отношении методологии, которая, по их мнению, применима при установлении материального права. Таким образом, арбитры полностью связаны намерениями сторон. Эта обязанность по установлению намерений сторон дополнительно ограничивает автономию арбитров при определении материального права, применимого к существу дела.

Что касается обязанности арбитров принимать во внимание условия контракта, то болгарские арбитры постоянно проверяют, что это было сделано, и в тех случаях, когда стороны не выбрали право, а контракт содержит иностранный элемент, который связывает контракт с иностранным законодательством, арбитры применяют это право.³⁴ Ясно, что такие иностранные элементы могут быть получены из условий контракта.

Более того, следует отметить, что свобода арбитров определять право может быть дополнительно ограничена условиями контракта. Если, например, стороны ввели в договор пункт, в соответствии с которым арбитражные правила какой-либо страны будут применяться арбитрами для определения материального права, применимого к делу, свобода арбитра в части определения этого права ограничена указанным условием контракта. Такой пункт может также требовать, чтобы арбитры применяли ЧМП места проведения арбитража.³⁵

Торговый узанс представляет собой еще одно ограничение автономии международных арбитров. Болгарские арбитры проверяют «торговый узанс» при принятии решений по международным делам.³⁶ При определении материального права арбитры должны учитывать международные коммерческие обычаи. Можно утверждать, что рассмотрение коммерческого обычая ставит окончательную границу вокруг автономии арбитра. Применимость коммерческого обычая можно взять из различных источников. Во-первых, коммерческий обычай может быть сроком, согласованным сторонами, - и если

³³ См: Практика Арбитражного суда Болгарской торгово-промышленной палаты (АС/БТПП) – кратко Практика АС/БТПП, дело № 223/91; дело № 2/94, доступно на: <http://www.bcci.bg> (1989 – 1995) (доступ 15 июня 2011 г.) .

³⁴ Практика АС/БТПП, Решение № 84/95 доступно на: <http://www.bcci.bg> (доступ 15 июня 2011 г.) (1996).

³⁵ См. *Эммануэль Гайяр*, Указ.соч., стр.186.

³⁶ Практика АС/БТПП, Решение № 24/91 доступно на: <http://www.bcci.bg> (доступ 15 июня 2011 г.) (1989 – 1995).

стороны так договорились, то арбитражный суд должен применить этот обычай. Во-вторых, такой обычай может быть правилом применимого материального права. Если такой договоренности между сторонами не существует, но применимое материальное право требует его применения, то арбитры должны применять этот обычай. В-третьих, арбитры могут счесть, что международный коммерческий обычай должен быть непосредственно применим. Другими словами, независимо от выбранного материального права, международные коммерческие обычаи должны применяться вместе с этим правом.

В целом, даже в широком смысле автономия арбитров ограничена в разных отношениях. Государственная политика, применяемая только в качестве исключения, может представлять собой самый ограничительный предел для их свободы.

Другой вопрос касается характера выбора права, принятого сторонами. Является ли этот выбор обязательным для международных арбитров, и если да, то в какой степени?

Когда стороны, действуя в рамках своей свободы выбора материального права, делают свой выбор, то из этого следует, что существует материальное право, применимое к существу дела. Как подчеркивалось ранее, автономия сторон является общепризнанным принципом в ЧМП, и арбитры обязаны соблюдать этот принцип и применять право, выбранное сторонами.³⁷ Арбитры не могут отклоняться от выбора и применять другое право, за исключением случаев, когда по соображениям государственной политики применимость какой-либо нормы (или норм) отклоняется, и арбитрам остается найти другую норму (нормы), удовлетворяющие критерию соответствия государственной политике.

После того как стороны достигли соглашения о применимом праве, они обычно закрепляют это соглашение в пункте договора, но сам по себе пункт может также содержать положение о стабильности. Во второй половине 20-го века ученые спорили по поводу обоснованности таких положений о стабильности в международных коммерческих контрактах.³⁸ Такие положения, несомненно, служат цели выражения автономии сторон в части определения материального права, которое будет применяться к их контракту. Следствием положения о стабильности является то, что оно позволяет «заморозить» (стабилизировать) применимый закон, как правило, в момент заключения договора или в любой другой момент, который стороны сочтут важным. Обычно положения о стабильности можно найти в контрактах, которые заключаются между частной стороной и государственной стороной, например, для государства, законодательство которого

³⁷ Синди Г. Байс, Обязанность арбитра уважать выбор права сторонами в коммерческом арбитраже, 79 (1) Сент Джонс Л. Р. 59 (2005).

³⁸ См. Эммануэль Гайяр, Указ.соч, стр.172.

выбирается сторонами как применимое для данного контракта. Целью положения о стабильности является защита частных сторон от законодательной власти государства, которое также является участником договора. Не углубляясь в теоретические дебаты или не обсуждая, может ли применение положений о стабильности привести к рассмотрению существа дела в рамках материального права, которое более не существует, или приведет ли фактически применение таких положений к тому, что стороны окажутся над законом, и является ли это приемлемым или нет, я хотел бы упомянуть следующее: вместо написания таких положений и включения их в международные контракты государства должны принимать законы или подписывать международные договоры, которые предусматривают стабилизационные нормы. Такие нормы дают гораздо большую гарантию частным сторонам и их бизнесу, особенно в области международных инвестиций и контрактов, которые заключаются между частными инвесторами и государствами.

Даже если стороны выбрали материальное право для своего контракта и договорились о стабилизационном положении об этом законе или о пункте, в соответствии с которым может оказаться, что часть или весь контракт могут быть признаны недействительными, арбитры должны уважать волю сторон. Это объясняется тем, что в обязанность арбитров входит соблюдение не только выбора применимого права, но и условий договора. Поэтому они сначала обязаны применять материальное право на том основании, что оно было выбрано сторонами. Они также должны применять это право в его нынешнем виде, поскольку оно стабилизируется «замораживающей» оговоркой, так как пункт сам по себе является условием контракта и, как таковой, также стабилизируется и обязанностью арбитра. Это также применяется, когда согласно выбранному праву данный договор должен быть объявлен недействительным частично или полностью. Эти вопросы больше связаны с процессом выяснения содержания иностранного права, чем с проблемой определения применимого материального права.³⁹

Что касается того, выбрали ли стороны материальный закон явным или неявным образом, в обеих ситуациях арбитры обязаны уважать их выбор⁴⁰. Если выбор не ясен или подразумевается неявно, арбитры должны приложить все усилия для выявления фактической воли сторон в отношении применимого права.

Если после учета всех обстоятельств дела арбитры приходят к выводу, что воля сторон в выборе материального права была поставлена под сомнение, поскольку, например,

³⁹ Там же, более подробная информация приводится на стр. 172 – 177.

⁴⁰ Практика АС/БТПП, Дело № 2/94 доступно на: <http://www.bcci.bg> (1996) (доступ 15 июня 2011 г.) – при проверке воли сторон арбитры в этом деле обнаружили их неявный выбор права и применили его.

либо стороны, либо одна из них не имели возможности ввести такое соглашение, или из-за мошенничества, эти факты послужили бы основанием для объявления недействительной выбранной юридической оговорки договора. Следствием отмены этого положения станет возможность того, что арбитры сами выберут право, применимое к существу дела. Но даже тогда, прежде чем это сделать, арбитры должны учесть намерения сторон в процессе переговоров по контракту в отношении применимого права. Только если есть уверенность, что никаких признаков намерений сторон не существует, арбитры могут выбирать применимое право.

Еще одним примером случая, когда арбитры могут игнорировать волю сторон в отношении применимого права, служит ситуация, когда воля сторон не соответствует формальным требованиям этого закона, поскольку он не указан в требуемой письменной форме, нотариально не заверен и т. д. Даже здесь арбитры должны попытаться исправить формальную недействительность, насколько это возможно, и только если это окажется невозможным, они сами выбирают применимое право.

Обобщая вышеизложенное, можно сказать, что арбитры связаны выбором применимого права сторонами. Они должны уважать явный и неявный выбор сторон. Арбитры всегда должны искать намерения сторон. Применимость выбранного права (норм) должна быть отклонена только после того, как она не смогла пройти проверку на соответствие государственной политике. Арбитры могут игнорировать выбор сторон, когда воля сторон будет признана недействительной по причине мошенничества, недееспособности стороны / сторон или из-за отсутствия формальной действительности выбора юридической оговорки контракта. Если присутствуют некоторые или обе причины, то выбирать право должны арбитры.

Если стороны не смогли определить применимое право, его должны определить арбитры. Остаются вопросы: как арбитры могут определять материальное право в отсутствие выбора сторон и какие методы они должны применять?

Как правило, выделяются три метода для определения применимого права в отсутствие выбора сторон. Все три метода дают широкую автономию арбитрам.⁴¹

Эти методы следующие: использование метода ЮНСИТРАЛ для применения коллизионных норм, которые арбитры считают правильными; использование швейцарского метода применения коллизионных норм ЧМП места проведения арбитража; или использование метода выбора непосредственно арбитрами.

⁴¹ Эммануэль Гайяр, Указ. соч., стр.188.

Метод ЮНСИТРАЛ является одним из самых распространенных. Он принят многими странами мира, включая Болгарию. Как упоминалось выше (пункт 1 сноски), статья 38 (1) ЗМКА / БГ реализует этот метод в болгарском арбитражном законодательстве. В соответствии с Правилами ЮНСИТРАЛ и в рамках ТЗМКА в отсутствие выбора сторонами арбитры должны определить надлежащую коллизионную норму и применить ее к спору. Затем, следуя выбору, сделанному на основании этой нормы, арбитры должны определить материальное право, применимое к существу дела. Другими словами, выбор арбитров - это выбор коллизионной нормы, которую они считают подходящей. Этот метод дает арбитрам очень широкую автономию в отношении выбора конкретной коллизионной нормы, которую они будут применять.

В рамках этого метода существует правило частного международного права, и арбитры применяют это правило. Существуют различные подходы к определению того, ЧМП какого государства следует применять.

Пункт 1 статьи VII Европейской конвенции предусматривает первую юридическую формулировку этого метода. В нем говорится: «В случае отсутствия каких-либо указаний сторон в отношении применимого законодательства арбитры применяют надлежащий закон в соответствии с коллизионной нормой, которую арбитры считают применимой.»

Основным источником этого метода был Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ 1976 года. Согласно статье 33 Регламента, в отсутствие выбора права сторонами «арбитражный суд применяет закон, определяемый выбором правовых норм, которые он считает применимыми». Статья 28 (2) ТЗМКА (с поправками от 2006 года) имеет идентичное регулирование. Такое же правило было принято в английском Законе об арбитраже 1996 года в разделе. 46 (3) и в *Zivilprozessordnung* (немецкий арбитражный устав от 1997 года) в ст. 1051, пункт 2.

Чтобы ответить на вопрос о том, какая коллизионная норма точно определяет, какое именно национальное ЧМП применяется для определения применимого материального права, арбитры могут сначала попытаться определить те национальные правовые системы, к которым относится соответствующее дело. Затем они выбирают коллизионные нормы этих систем, и если все они указывают на одно и то же материальное право, арбитры должны применять это право к существу спора. Преимуществом этого метода является возможность предвидеть результат и проявить уважение к законным ожиданиям сторон. Но если различные коллизионные нормы национальных правовых систем, которые имеют отношение к спору, должны приводить к разным результатам, то есть к различным материальным законам, этот подход, очевидно, окажется неэффективным. Тем не менее, даже если этот

метод окажется неудачным, у арбитров остается еще второй вариант - они могут полагаться на общепринятые принципы ЧМП, поскольку они позже были приняты законодательством многих государств.⁴² Такой подход присутствует в практике болгарских арбитров.⁴³ Так как стороны дела № 20/04 АС / БТПП не смогли выбрать материальное право, арбитры применили общепринятый принцип «характерного исполнения контракта» и приняли решение о том, что применимым правом будет закон места постоянного жительства ответчика, который согласно контракту должен был выполнить характерные работы.

Арбитры могут также принимать во внимание те же общепризнанные принципы, которые приняты основными международными документами на местах,⁴⁴ доктриной или в международной арбитражной практике.⁴⁵

Что касается швейцарского метода, то он состоит в том, что применяются коллизионные нормы ЧМП места проведения арбитража, которые специально разработаны для применения в делах международного арбитража. В Швейцарском статуте по международному частному праву 1987 года в статье 187 предусматривается, что в отсутствие выбора материального права сторонами арбитры применяют нормы права, «с которыми дело имеет самую близкую связь». Эта коллизионная норма специально разработана для применения международными арбитрами. Несомненно, она достаточно гибкая для того, чтобы дать арбитрам свободу выбора материального права, которое - в обстоятельствах каждого конкретного дела - они сочтут наиболее тесно связанным с рассматриваемым делом.⁴⁶

Метод прямого выбора оценивается как наиболее открытый для свободы выбора арбитрами материального права, применимого к существу дела. Его отличие от предыдущих двух методов заключается в том, что он дает арбитрам возможность непосредственно выбирать то материальное правило, которое они сочтут подходящим для урегулирования спора, без необходимости применения какой-либо коллизионной нормы. Они могут, но не

⁴² Особенно государствами со старыми и / или развитыми традициями в международном коммерческом арбитраже, такими как Великобритания, Франция, Германия, США, Австралия, Канада, Нидерланды, Швеция, Италия.

⁴³ Он постоянно применяется болгарскими арбитрами, начиная с 1994 года: см. Практика АС/БТПП, Дело № 20/94; дело № 18/2000; дело №20/2004, доступны на: <http://www.bcci.bg> (1989 – 1996; 2000 – 2001 и 2004 – 2005) (доступ 15 июня 2011 г.).

⁴⁴ Например: Римская конвенция 1980 года о праве, применимом к договорным обязательствам, и Венская конвенция о международной купле-продаже товаров 1980 года.

⁴⁵ Практика МТП, МЦУИС, Гаагской постоянной палаты третейского суда, ЛМТС, Арбитражного суда в Торгово-промышленной палате Стокгольма и т. д.

⁴⁶ Гайяр здесь в качестве второго примера приводит статью 39 Закона Египта № 27 от 1994 г., см. *Эммануэль Гайяр*, Указ.соч., стр.190.

обязаны применять некоторые коллизионные нормы и могут прибегать непосредственно к норме материального права.⁴⁷

В ходе рассмотрения конкретного дела арбитры сталкиваются с другим вопросом, имеющим практическое значение. Вопрос касается роли обязательных (имеющих преимущественную юридическую силу)⁴⁸ правил международного арбитража и обычно может возникать до начала процесса определения применимого права, в ходе этого процесса или после.

Обязательные (имеющие преимущественную юридическую силу) правила - это нормы права, которые претендуют на применение независимо от того, было ли выбрано право сторонами или выбор был сделан на основе коллизионной нормы.⁴⁹ Отношение арбитров к таким правилам обсуждается в теоретических источниках. Несомненно, эти правила должны соблюдаться в любом судебном разбирательстве. Но, как показывает практика, существуют различные подходы к международному арбитражу, которые могут варьироваться от пренебрежения до полного соблюдения.⁵⁰

Болгарское законодательство использует термин «специальные обязательные правила» и регулирует правила в Кодексе частного международного права следующим образом:

«Специальные обязательные правила

Статья 46. (1) Положения Кодекса не влияют на применение обязательных правил болгарского права, которые в силу их предмета и цели применяются вне зависимости от ссылки на иностранное право.

(2) Суд может принять во внимание обязательные правила другого государства, с которыми имеется тесная связь, если эти правила применяются в соответствии с законодательством другого государства, независимо от того, какой закон был определен как применимый к коллизионным нормам кодекса. Чтобы принять решение о применении таких

⁴⁷ *Эммануэль Гайяр*, Указ.соч., стр.190-191 говорит, что метод прямого выбора «принят несколькими современными национальными арбитражными уставами, главными примерами которых являются статья 1496 (1) нового Гражданского процессуального кодекса Франции и статья 1054 (2) Гражданского процессуального кодекса Нидерландов (введенная в 1989 году Законом Нидерландов об Арбитражном суде). Этот метод получил огромную поддержку благодаря его недавнему принятию большинством наиболее широко используемых институтов арбитража, включая AAA, ЛМТС, МТП и Торгово-промышленную палату Стокгольма». Более подробная информация о трех методах приводится на стр. 188-191; см. также работу *Маргарет Л. Мозес*, Указ.соч., стр. 78-79.

⁴⁸ *Дисей и Моррис*, О правовом конфликте, Лондон: Свит и Максвелл 32 (*Л. А. Коллинз ред.*, 13 издание, 2000 г.).

⁴⁹ *Эндрю Барраклоу; Джефф Вайнцимер*, Обязательные правила права в международном коммерческом арбитраже, 9 *MelbJIntLaw* 1, 1-5 (2005).

⁵⁰ Там же, на стр. 7-10.

специальных обязательных правил, суд должен учитывать их характер и их предмет, а также последствия их применения или неприменения.»⁵¹

Согласно болгарской правовой теории, пункт 1 настоящей статьи толкуется как обязывающий болгарский суд применять специальные обязательные правила своего национального законодательства, прежде чем обращаться к коллизионным нормам. Напротив, когда суд сталкивается с особыми обязательными нормами иностранного права, нет никакой обязательности их применения. Если такие правила будут выбраны в качестве применимых в соответствии с нормой коллизионного права или в соответствии с выбором сторонами, болгарский суд должен затем задуматься над более широкими вопросами о характере этих правил, их предмете, а также о последствиях их применения или неприменения. Только после этого он может решить, применяются ли специальные обязательные правила.⁵²

Как национальные судьи, так и международные третейские судьи должны применять обязательные правила. В теории международного арбитража применение этих правил считается «бесспорным»⁵³ и такой подход следует поддерживать. Важность специальных обязательных правил в принципе ограничивает свободу арбитров выбирать применимое право и иногда может препятствовать их свободе. Что касается обязательных правил места проведения арбитража, то арбитры должны уважать их. В отличие от коллизионных норм места, которые арбитры не обязаны применять, обязательные правила места базируются на основополагающих ценностях данной страны, таких как, например, ее национальный суверенитет, и в этом качестве арбитры должны их применять.⁵⁴

Что касается обязательных правил другой страны, то арбитры должны применять или игнорировать их в зависимости от того, являются ли они правилами страны, закон которой применим к арбитражу (*Lex arbitri*) или являются правилами, выбранными сторонами. Арбитры должны применять обязательные правила *Lex arbitri*, в противном случае их решение будет подвержено риску отмены или лишения признания и принудительного исполнения (например, по причинам государственной политики). Принятые сторонами обязательные правила иностранного законодательства могут быть проигнорированы

⁵¹ Кодекс частного международного права (КЧМП) был опубликован в 42 (17) ГГ. Май 2005 г., с изменениями 59 (20) ГГ июль 2007 г., 47 (23) ГГ. Июнь 2009 г.

⁵² Николай С. Натов (Николай С. Натов), Коментар на Кодекса на Международното Частно Право. Книга Първа, Член 1 – 47 (1 Коментари по Кодексу международного частного права, статья 1 – 47), София: Издателска къща СИЕЛА (София: Издательство СИЕЛА) 393-395 (2006) .

⁵³ См. Эндрю Барраклоу; Джефф Вайнцимер, Указ.соч., на стр. и далее.

⁵⁴ Маргарет Л. Мозес, Указ.соч., стр. 80-81.

арбитрами или применены ими в зависимости от учета ими различных фактов, например, о характере этих правил, их предмете, а также о последствиях их применения или неприменения.

КОМПЕТЕНЦИЯ НА ПРИЗНАНИЕ АРБИТРАЖНОЙ ОГОВОРКИ НЕДЕЙСТВИТЕЛЬНОЙ

Галлямова Наталья Сидоровна

*старший партнер Юридического агентства "VERITAS",
заместитель председателя Наблюдательного Совета МТС ТПП*

Вопрос о недействительности арбитражной оговорки (третейского соглашения) в последнее время неоднократно становился предметом активного обсуждения среди арбитров МТС ТПП. В каком случае арбитражная оговорка может быть признана недействительной? К компетенции какого органа относится рассмотрение вопроса о признании арбитражной оговорки недействительной: арбитражного института либо компетентного суда, и на каком этапе разрешения спора между сторонами такое решение может приниматься?

Вопрос недействительности арбитражной оговорки является актуальным не только для МТС ТПП. Пожалуй, я бы сказала, что он является одним из наиболее часто обсуждаемых в арбитражной среде разных стран, а отдельные специалисты даже считают этот вопрос одним из самых сложных в современной науке, изучающей институт третейского разбирательства. Проанализировав ситуацию, я пришла к выводу, что чаще всего причина такой оценки кроется в определенной степени отличающемся от международных норм правовом регулировании института арбитража национальным законодательством некоторых стран, а также подчинении арбитражной оговорки законодательству страны арбитража.

Однако, давайте попробуем разобраться в этой проблеме на основе законодательства Кыргызской Республики.

Для начала обратимся к определению арбитражной оговорки, постараемся еще раз уяснить ее правовую суть и понять, в каком случае арбитражная оговорка может быть признана недействительной. Определение понятия арбитражной оговорки дано в ст.2 Закона о третейских судах: «Третейское соглашение (арбитражная оговорка) - это соглашение сторон о передаче спора на рассмотрение третейскому суду».

В соответствии с п.3.1. ст.3 Регламента МТС ТПП соглашение о передаче спора на разрешение третейскому суду - это договоренность сторон о передаче на рассмотрение третейского суда всех или определенных споров, которые возникли или могут возникнуть между ними в связи с гражданскими правоотношениями, независимо от того, носили они договорный характер или нет. Данное определение дублирует ст.7.1. Типового закона ЮНСИТРАЛ, а также отражает содержание п.1 ст.7 Закона о третейских судах, которая

посвящена форме и содержанию третейского соглашения. Думаю, здесь будет уместно привести содержание этой статьи полностью.

Статья 7. Содержание и форма третейского соглашения.

1. Стороны могут заключить третейское соглашение о передаче на рассмотрение третейского суда всех или определенных споров, которые возникли или могут возникнуть между ними в связи с гражданскими правоотношениями, независимо от того, носили ли они договорный характер или нет. Третейское соглашение может быть оформлено в виде арбитражной оговорки в договоре, которая является составной частью договора, или может заключаться в виде отдельного соглашения.

2. Третейское соглашение заключается в письменной форме. Соглашение считается заключенным в письменной форме, если оно содержится в документе, подписанном сторонами, или заключено путем обмена письмами, сообщениями по телетайпу, телеграфу, телефаксу или с использованием иных средств связи, включая электронные, обеспечивающих фиксацию такого соглашения. Ссылка в договоре на документ, содержащий соглашение о передаче спора на разрешение третейского суда, признается соглашением, если договор заключен в письменной форме и данная ссылка такова, что дает основание считать соглашение частью договора.

3. Третейское соглашение должно содержать положение о том, что любой спор, разногласие или требование, возникающие из спора между сторонами, подлежат рассмотрению в третейском суде, а также наименование третейского суда, который должен рассмотреть возникший спор.

В третейском соглашении могут содержаться сведения о числе арбитров, месте третейского разбирательства, языке третейского разбирательства, применимом праве, применимых правилах, сроке рассмотрения спора.

4. При несоблюдении требований, предусмотренных пунктом 2 и абзацем первым пункта 3 настоящей статьи, третейское соглашение считается недействительным.

Как видим, данная статья содержит ряд *обязательных требований*, которым должна соответствовать арбитражная оговорка:

- письменная форма третейского соглашения;
- наличие в этом соглашении положения о том, что любой спор, разногласие или требование, возникающие из спора между сторонами, подлежат рассмотрению в третейском суде;
- указание наименования третейского суда, который должен рассмотреть возникший спор.

Пунктом 4 вышеупомянутой статьи определено, что несоблюдение вышеперечисленных требований приводит к недействительности третейского соглашения, а, следовательно, - к невозможности разрешения возникшего между сторонами спора путем третейского разбирательства.

В соответствии с п.3.2. Регламента МТС ТПП третейское соглашение признается имеющим юридическую силу независимо от действительности договора, частью которого оно является. Это основано на, так называемой, *доктрине автономии арбитражной оговорки*, сформулированной в ст.16(1) Типового закона ЮНСИТРАЛ, и означает, что вынесение третейским судом решения о недействительности договора не влечет за собой недействительность арбитражной оговорки.

Вероятно, следует упомянуть и еще об одной *доктрине* - «компетенция-компетенции», сформулированной в ст.16(1) Типового закона ЮНСИТРАЛ и относящейся, так же, как и доктрина автономии, к концептуальным принципам международного арбитража. Доктрина «компетенция-компетенции», означает, что арбитраж самостоятельно принимает решение о своей компетенции, в том числе по любым возражениям относительно наличия или действительности арбитражного соглашения.

Доктрина «компетенция-компетенции» нашла свое закрепление в ст.14 Закона о третейских судах, в соответствии с которой третейский суд самостоятельно решает вопросы о наличии или действительности третейского соглашения и своей компетенции по рассмотрению конкретного спора.

При разрешении спора в третейском суде, после формирования третейского суда, состав арбитров либо единоличный арбитр до начала рассмотрения спора по существу обязаны исследовать вопрос наличия третейского соглашения, изучить вопрос его соответствия ст.7 Закона о третейских судах, то есть убедиться в действительности арбитражной оговорки, а также определить свою компетенцию по разрешению данного спора. Это очень важный этап процесса третейского разбирательства, от которого в последующем во многом зависит, будет ли вынесенное решение принудительно исполнено. Существует мнение, что вопрос недействительности арбитражной оговорки должен исследоваться составом арбитража только в случае, если одна из сторон в процессе устных слушаний заявит о ее недействительности и не должен рассматриваться на стадии подготовки к устным слушаниям. Однако я не могу с этим согласиться. Именно на этом этапе арбитражная оговорка должна быть самым тщательным образом изучена на предмет ее соответствия требованиям ст.7 Закона о третейских судах, поскольку только по результатам такого исследования может быть сделан правильный вывод и о наличии арбитражной оговорки и о наличии собственной компетенции.

Как мы уже определили выше, ст.7 Закона о третейских судах содержит только три основания для признания арбитражной оговорки недействительной. Это несоблюдение письменной формы третейского соглашения, отсутствие договоренности о том, что спор

подлежит рассмотрению в третейском суде и отсутствие наименования конкретного третейского суда, в котором должен рассматриваться спор между сторонами.

Существуют ли еще какие-либо основания для признания арбитражной оговорки недействительной? Прежде, чем ответить на этот вопрос, необходимо понять: а что же такое арбитражная оговорка по своей сути? Возможно вы, уважаемые коллеги, не задумывались об этом ранее, но по своей правовой природе третейское соглашение является не чем иным, как сделкой, поскольку оно является результатом действий сторон, формально закрепляющих их права и обязанности по совершению определенных действий, направленных на разрешение потенциального спора, который может возникнуть из гражданских правоотношений между ними. Вы, конечно же, помните, как сформулировано понятие сделки в ст.172 ГК КР: «Сделками признаются действия граждан и юридических лиц, направленные на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей». Заключая третейское соглашение, стороны договариваются о внесудебном способе разрешения потенциальных споров, отказываясь тем самым от права на защиту своих интересов в государственном суде, то есть реализуют предоставленное им законом право выбора способа разрешения споров, возникающих из гражданских правоотношений. Это свободное волеизъявление участников сделки. А поскольку третейское соглашение - это сделка, следовательно, к третейскому соглашению применимы все нормы Гражданского кодекса, содержащие основания недействительности сделок.

Кроме того, необходимо вспомнить ст.421 ГПК КР, а также ст.42 Закона о третейских судах, в которых перечислены основания для отказа в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда.

Три основания из шести по которым компетентный суд вправе отказать в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда - это основания связанные с недействительностью третейского соглашения:

1. если одна из сторон представит суду доказательства о недееспособности одной из сторон при заключении соглашения о передаче спора в третейский суд - сторона может заявить о недействительности третейского соглашения в силу одной из статей 189-192 ГК КР;
2. если сторона обоснованно заявила о недействительности третейского соглашения, а третейский суд принял спор к рассмотрению и вынес решение по существу спора - в процессе третейского разбирательства сторона может заявить о недействительности третейского соглашения по основаниям, предусмотренным ст.7 Закона о третейских судах, а также ст.185-197 ГК КР;

3. если суд установит, что спор не может быть предметом третейского разбирательства по законодательству Кыргызской Республики - недействительность третейского соглашения в силу ст.185 ГК КР.

Можно было бы детально остановиться и подробно проанализировать на основе конкретных примеров каждое из оснований, по которым третейское соглашение может быть признано недействительным, однако, к сожалению, ограниченный формат настоящей статьи не позволяет этого сделать.

Теперь поговорим о *компетенции*.

Вернемся еще раз к доктрине «компетенция-компетенции», в соответствии с которой третейский суд самостоятельно решает вопросы о наличии или действительности третейского соглашения и своей компетенции по рассмотрению конкретного спора (ст.14 Закона о третейских судах, ст.16(1) Типового закона ЮНСИТРАЛ).

В каком случае и на каком этапе третейского разбирательства третейский суд должен рассмотреть вопрос о недействительности арбитражной оговорки?

1. Прежде всего, как я уже отмечала выше, на этапе принятия решения о наличии собственной компетенции.

2. В процессе третейского разбирательства, если одна из сторон заявит о недействительности арбитражной оговорки по любому из предусмотренных законом оснований недействительности сделок. В случае такого заявления третейский суд обязан будет рассмотреть данный вопрос и вынести соответствующий арбитражный акт. Если арбитражная оговорка будет признана недействительной, третейское разбирательство будет прекращено без вынесения решения. В последующем стороны смогут продолжить разрешение спора только в государственном суде.

В каком же случае вопрос о недействительности третейского соглашения рассматривает компетентный (в данном случае - государственный) суд?

1. Бесспорно, что компетентный суд может и должен рассмотреть вопрос о недействительности третейского соглашения при рассмотрении заявления о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда, если сторона, против которой было вынесено решение, сделает соответствующее заявление. При этом ст.421 ГПК КР предусматривает только следующие случаи, при которых суд может отказать в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда по основаниям, связанным с недействительностью третейского соглашения:

- 1) если одна из сторон предоставит суду доказательства о недееспособности одной из сторон при заключении соглашения о передаче спора в третейский суд;
- 2) если сторона обоснованно заявила о недействительности третейского соглашения, а третейский суд принял спор к рассмотрению и вынес решение по существу спора;
- 3) если суд установит, что спор не может быть предметом третейского разбирательства по законодательству Кыргызской Республики.

Других оснований для отказа в выдаче исполнительного листа в связи с недействительностью третейского соглашения ГПК не предусматривает.

Таким образом, если сторона арбитражного разбирательства не сделала в третейском суде заявления о недействительности сделки, а сделала это заявление на стадии рассмотрения компетентным судом заявления о выдаче исполнительного листа, разумеется, по иным основаниям, чем недееспособность одной из сторон либо то, что спор не может быть предметом третейского разбирательства по законодательству Кыргызской Республики, то этот аргумент не может послужить основанием для отказа в выдаче исполнительного листа.

2. Может ли государственный суд признавать недействительной арбитражную оговорку, если сторона договора, содержащего третейское соглашение обращается с исковым заявлением не в третейский, а в государственный суд?

В соответствии с ч.3 ст.137 ГПК суд отказывает в принятии искового заявления, если имеется заключенное между сторонами соглашение о передаче спора на разрешение третейского суда, за исключением случаев, когда это соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено.

Из вышеприведенной статьи следует: если имеется арбитражная оговорка, суд должен отказать в принятии искового заявления. Исключение составляют случаи, когда арбитражная оговорка недействительна, утратила силу или не может быть исполнена. Но если основания недействительности оспариваются другой стороной, то установить истину можно только в процессе судебного разбирательства. Однако может ли суд проводить судебное разбирательство, если имеется третейское соглашение? Безусловно - нет. Эта норма будет работать только тогда, если при подаче искового заявления в государственный суд истец предоставит очевидные, убедительные и не требующие исследования в судебном процессе доказательства недействительности, утраты либо неисполнимости третейского соглашения. Для наглядности приведу по одному примеру очевидных и, не требующих исследования в

судебном процессе, оснований недействительности, утраты либо неисполнимости третейского соглашения.

1) Недействительность арбитражной оговорки.

Предположим, что в арбитражной оговорке записано: «... спор подлежит рассмотрению в третейском суде города Бишкек...». Но в городе Бишкек в настоящее время действуют уже два арбитражных института - Международный третейский суд при Торгово-промышленной палате Кыргызской Республики и Третейский суд в Центральной Азии. Какой арбитраж стороны имели ввиду? Налицо несоответствие арбитражной оговорки п.3 ст.7 Закона о третейских судах - не указан конкретный третейский суд, в котором должен быть рассмотрен спор, что делает третейскую оговорку изначально недействительной. Выписки из Государственного реестра регистрации юридических лиц будет достаточно, чтобы при подаче искового заявления убедить судью, что в арбитражной оговорке не указан конкретный третейский суд.

Безусловно, понятно, что не требуют специального исследования и признания недействительными арбитражные оговорки, которые изначально в силу закона являются ничтожными.

2) Утрата третейского соглашения

Стороны предусмотрели в арбитражной оговорке, что спор, возникший из настоящего контракта, должен быть разрешен в третейском суде не позднее шести месяцев с даты направления одной стороной другой стороне претензии о нарушении условий контракта. На дату подачи искового заявления в суд прошло двенадцать месяцев с даты подачи претензии, а сторона так и не обратилась с иском в третейский суд. Здесь имеет место явная утрата третейского соглашения.

3) Неисполнимость третейского соглашения.

Стороны предусмотрели в арбитражной оговорке, что возникший между ними спор должен быть разрешен в третейском суде при Ассоциации юристов Кыргызстана. Однако такого третейского суда не существует. Налицо неисполнимость третейского соглашения.

Таким образом, при принятии искового заявления по спору, возникшему из договора, содержащего арбитражную оговорку, судья должен дать оценку приложенным доказательствам недействительности, утраты либо неисполнимости арбитражной оговорки и, если они неубедительны и требуют дальнейших исследований, - отказать в принятии искового заявления. В последующем вопрос недействительности арбитражной оговорки должен исследоваться только третейским судом в процессе третейского разбирательства.

ЦЕССИЯ И ТРЕТЕЙСКОЕ СОГЛАШЕНИЕ

Бабицкая Елена Викторовна

*арбитр МТС ТПП,
директор ЮФ «Консенсус»*

Вопрос о переходе прав по третейскому соглашению (арбитражной оговорке) в случае уступки права требования (цессии) по материально-правовому обязательству является традиционно спорным.

Сложность вопроса о переходе прав по третейскому соглашению возникает в связи с отсутствием специального правового регулирования как в законодательстве Кыргызской Республики, так и в регламентах постоянно действующих третейских судов.

Приведем мнения некоторых авторов по этой проблеме. «В настоящее время практически бесспорным признается тот факт, что арбитражная оговорка заключает в себе черты, с одной стороны, материально-правового положения конкретного отношения (например, договора), с другой - процессуального элемента отношения, определяющего способ разрешения потенциальных споров. Последствия такой смешанной природы арбитражной оговорки толкуются двойственно.

Сторонники первого подхода считают, что арбитражная оговорка представляет собой автономную процессуальную часть материально-правового договора. Такая независимость не влечет перехода прав (обязанностей) по арбитражной оговорке к правопреемнику. Разделяющие эту точку зрения правоведа приводят два аргумента: нарушение требования о форме фиксации соглашения при переходе прав и принцип его автономности»⁵⁵. «Так А.А. Костин, полагает, что, «принимая во внимание характер арбитражного соглашения и его соотношение с основным контрактом, представлялось бы нелогичным распространять режим цессии, касающийся отдельных материальных прав требования, на самостоятельное соглашение со своим собственным предметом. Иными словами, арбитражная оговорка, не будучи правом в смысле положений об уступке требования, не может в любом случае быть передана без согласия другой стороны». Такую же позицию занял профессор И.М.Резниченко, который полагает, что вряд ли можно считать, что в третейском разбирательстве имеется институт правопреемства. Свою точку зрения он обосновывает ссылками на природу третейского соглашения, которое может быть только добровольным и

⁵⁵ Павлова Н.В. Конкуренция арбитражных соглашений: кто вправе вносить изменения в арбитражное соглашение после цессии?// Вестник высшего арбитражного суда Российской Федерации №9, сентябрь 2010 года, стр.54-64

обоюдным. Интересные аргументы в пользу недопустимости перехода прав по арбитражной оговорке приводит В.А.Белов. Эти аргументы базируются на гражданско-правовом подходе к проблеме: «Арбитражную оговорку никак нельзя признать условием, обязательным для цессионария..., ибо она не является ни условием существования, ни условием осуществления права. Арбитражная оговорка составляет условие защиты нарушенного права; подчеркиваем, не права в его нормальном состоянии, а нарушенного права - права на такой стадии его существования, когда возникает отношение из нарушения данного права»⁵⁶.

«Сторонники же второго подхода, не подвергая сомнению факт процессуальной природы арбитражной оговорки, в то же время полагают, что независимость арбитражной оговорки нельзя переоценивать. По их мнению, она важна только для сохранения юридической силы оговорки в том случае, когда договор признается недействительным. Следовательно, права и обязанности автоматически по оговорке переходят к правопреемнику»⁵⁷.

«Вместе с тем даже последовательные защитники доктрины следования третейского соглашения судьбе материального договора делают исключения в отношении отдельных случаев, когда в отношении арбитражной оговорки исключается ее переход к другому лицу. Так, профессор В.А. Мусин пишет следующее: «Представим себе, например, что арбитражная оговорка предполагает передачу спора из контракта на разрешение третейского суда при какой-либо бирже, причем этот третейский суд в силу его регламента предназначен для рассмотрения споров только между членами данной биржи. Если в результате сингулярного правопреемства (в частности, суброгации) стороной такого контракта становится лицо, не являющееся членом указанной биржи, то спор с его участием не подлежит рассмотрению в данном третейском суде, поскольку доступ в этот суд ограничен по субъектному составу. В отношении такого правопреемника данная арбитражная оговорка действовать не будет, так что спор с его участием относится к подсудности соответствующего государственного суда»⁵⁸.

Таким образом, вопрос о допустимости перехода права на обращение в третейский суд на основании договора уступки требования в материально-правовом обязательстве является дискуссионным.

⁵⁶ Скворцов О.Ю. Третейское разбирательство предпринимательских споров в России: проблемы, тенденции, перспективы. - Волтерс Клувер, 2005 г., http://for-expert.ru/treteiskoe_razbiratelstvo/29.shtml

⁵⁷ Павлова Н.В. Указ. соч..

⁵⁸ Скворцов О.Ю. Указ.соч.

Попробуем рассмотреть этот вопрос с точки зрения норм законодательства Кыргызской Республики, регулирующих уступку права (требования) и третейское соглашение.

Третейское соглашение может быть оформлено в виде арбитражной оговорки в договоре, которая является составной частью договора, или может заключаться в виде отдельного соглашения (ст.7 Закона о третейских судах). Право (требование), принадлежащее кредитору на основании обязательства, может быть передано им другому лицу по сделке (уступка требования) или перейти к другому лицу на основании закона (ст.314 ГК КР).

Права кредитора по обязательству переходят к другому лицу в результате универсального правопреемства в правах кредитора или в результате сингулярного правопреемства.

В случае универсального правопреемства правопреемник занимает место своего предшественника во всех правоотношениях и к нему переходят все права и обязанности предшественника. Например, в случае реорганизации юридического лица, к его преемникам переходят права и обязанности в соответствии с передаточным актом или разделительным балансом (ст.93 ГК КР).

В случае сингулярного правопреемства правопреемник встает на место правопредшественника лишь в части тех правоотношений, которые были переданы ему по сделке.

Поскольку в случае с универсальным правопреемством все права и обязанности переходят от предшественника к правопреемнику, то есть происходит полная перемена лиц в обязательстве, то вопрос перехода прав и обязанностей по арбитражной оговорке, на наш взгляд, практически отсутствует.

Однако, совершенно другая ситуация, как нам кажется, возникает в случае, уступки права (требования) по договору. *Если иное не предусмотрено договором*, право первоначального кредитора переходит к новому кредитору в том объеме и на тех условиях, которые существовали к моменту перехода права (ст.315 ГК КР). Таким образом, договор может предусматривать, что к правопреемнику переходят не все права, а только их определенная часть, а обязанности в этом случае, вообще не переходят, поскольку для перехода обязанностей (перевода долга) требуется согласие другой стороны договора. Следовательно, к правопреемнику переходят только те права по материально-правовому обязательству, которые были переданы ему правопредшественником по договору уступки требования.

Рассмотрим следующий пример. Между поставщиком и покупателем был заключен договор поставки товара. Согласно договору поставщик должен был поставлять товар партиями по заявке покупателя. Оплата за товар осуществлялась покупателем в течение 30 дней после приемки товара. Поставщик, который имел долг перед контрагентом, заключил с последним договор уступки требования с покупателя стоимости поставленного последнему, но не оплаченного к этому времени, товара. При этом договор поставки продолжал действовать. Договор поставки содержал арбитражную оговорку о рассмотрении всех споров третейским судом.

Может ли в этом случае третейское соглашение, содержащееся в договоре поставки перейти по договору уступки требования и регулировать порядок рассмотрения споров между покупателем и правопреемником? Представляется, что в этом случае этого не произойдет, поскольку к правопреемнику перешла только часть прав, а именно требование определенной части денежных средств с покупателя. Следовательно, остальные права по договору к правопреемнику не перешли.

А что бы изменилось, если бы в вышеприведенном случае третейское соглашение содержалось не в договоре поставки, а было заключено покупателем и поставщиком, как отдельное соглашение? Представляется, что в этом случае, позиция была бы еще более однозначной. Первым аргументом могло бы являться утверждение о том, что правопреемнику были переданы права требования только по договору поставки, а третейское соглашение является отдельным договором, по которому права не передавались. Вторым аргументом было бы утверждение о том, что правопреемник вообще не знал о существовании третейского соглашения, поскольку оно не упоминалось в договоре уступки требования и не содержалось в договоре поставки, который был ему передан. Следовательно, вывод очевиден - в этом случае к правопреемнику не переходят права по третейскому соглашению.

Еще один нюанс, на который хотелось бы обратить внимание. В случае уступки требования по договору, обязательства не передаются правопреемнику, а остаются у предшественника. То есть, обязанность по третейскому соглашению признать компетенцию третейского суда тоже не передается правопреемнику кредитора. Как же в таком случае, должен рассматриваться вопрос перехода третейского соглашения, если инициатором третейского разбирательства выступает должник? Например, в случае, который был приведен выше, покупатель предъявил требование к правопреемнику о снижении стоимости поставленного товара в связи с тем, что часть поставленного поставщиком товара являлась бракованной. У правопреемника возникла бы *обязанность* подчиниться компетенции

третейского суда, при условии, что такая *обязанность перешла к нему по договору и была им принята*. Однако этого по договору цессии не произошло. Следовательно, закономерен вывод о том, что правопреемник вправе не признать компетенцию третейского суда в силу отсутствия у него такой обязанности.

При этом надо понимать, что все вышесказанное относится к тому случаю, когда между сторонами возникает спор относительно института, который может рассматривать требования между новым кредитором и должником по договору, по которому произошла уступка требования. В большинстве случаев, стороны соглашаются с тем, что при уступке требования произошел и переход третейского соглашения.

Подводя итоги всему вышесказанному, можно прийти к мнению, что автоматический переход права на обращение в третейский суд на основании договора об уступке требования не происходит и этот вопрос должен решаться составом третейского суда в каждом конкретном случае с учетом всех обстоятельств дела. Со своей стороны я рекомендовала бы обратить внимание на следующие обстоятельства, которые способны оказать влияние на решение по вопросу о цессии арбитражной оговорки:

1. *Объем переданных прав* по договору, а именно включают ли передаваемые права в том числе и права по третейскому соглашению, если оно является частью договора, по которому уступаются права.
2. Существование между сторонами спора иного (помимо третейского соглашения) доказательства *признания ими компетенции третейского суда*, указанного в третейском соглашении.

При этом во избежание возникновения спорных ситуаций и неоднозначных выводов, можно порекомендовать участникам гражданско-правовых отношений при заключении договоров уступки требования по обязательству, содержащему третейскую оговорку или отдельное третейское соглашение, четко обозначать свою позицию по данному вопросу путем включения отдельных положений об этом в договоры уступки требования.

ПРОФИЛАКТИКА ЗАТЯГИВАНИЯ СРОКОВ ТРЕТЕЙСКОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА

Дарбышев Чингиз

Ответственный секретарь МТС ТПП

Сроки, установленные Регламентом МТС ТПП можно разделить на 2 категории: общие и частные. Общий срок, это срок всего третейского разбирательства, в течение которого конкретное третейское дело должно быть рассмотрено. Данный срок установлен в пункте 18.3 ст.18 Регламента МТС ТПП и составляет 3 месяца.

Частный срок, это время для совершения отдельно взятого процессуального действия: подача искового заявления и устранение его недостатков, уведомление ответчика и избрание им арбитра, формирование состава третейского суда, извещение сторон, отвод арбитру и т.д.

Начало исчисления общего срока третейского разбирательства, зачастую вызывает неоднозначное толкование, как у сторон, так и у арбитров. Существует мнение, что отсчет общего срока начинается с момента формирования состава арбитража, а не с момента подачи искового заявления. При таком видении не берется в расчет то время, которое затрачивается на совершение процессуальных действий необходимых для возможности формирования состава.

Ст.18 Регламента устанавливает, что срок третейского разбирательства не должен превышать 3 месяца. В то же время п.19.1 ст.19 Регламента четко определяет, что третейское разбирательство начинается с подачей искового заявления, что является днем его сдачи в секретариат. Общий срок третейского разбирательства, должен исчисляться именно с того дня, когда иск поступил в МТС ТПП, иначе, срок растягивается уже на своем начальном этапе.

Пункт 18.3 ст. 18 Регламента МТС ТПП использует формулу «Третейский суд принимает все меры к тому, чтобы сроки третейского разбирательства не превышали 3 месяцев с момента формирования состава арбитража». Это не является указанием, что с момента формирования состава, длительность третейского процесса составляет 3 месяца. Имеется в виду, что если рассмотрение спора не представляется возможным в рамках общего срока, то он может продлеваться не более чем на 3 месяца с момента формирования состава.

Следует обратить внимание, что в п.18.3 говорится не о сроке, а о сроках, то есть речь идет о всех частных сроках вместе взятых, а Третейский суд прописан с заглавной буквы. Тем самым, в данном контексте под «Третейским судом» предполагается весь механизм суда, включая помимо арбитров, Председателя, Ответственного секретаря, секретариат,

бухгалтерию и т.д. То есть, все лица, задействованные от регистрации иска до вынесения решения, прилагают общие усилия, чтобы общий срок с момента поступления в МТС ТПП не превышал 3 месяца

Учитывая, что общий срок состоит из частных сроков, то затягивание отдельного частного срока ведет к затягиванию всего третейского процесса.

Для представления более ясной картины, ниже представлена статистика количества продлений процессуального срока для рассмотрения дела за периоды 2016г. и первого полугодия 2017г.

2016		
№	Основание	Количество
1	Отсутствие надлежащего уведомления ответчика	16
2	Возможность урегулирования спора мирным путем	15
3	Отложения для представления документов	8
4	Назначение экспертизы	3
5	Отвод арбитру	2
6	Неявка ответчиков	2
7	Ходатайство об истребовании документов из госучреждения	2
8	По ходатайству сторон	2
9	Изменение исковых требований	1
Итого 52 продления		

2017		
№	Основание	Количество
1	Отложения для представления документов	12
2	Возможность урегулирования спора мирным путем	11
3	Отсутствие надлежащего уведомления ответчика	10
4	Отвод арбитру	9
5	В связи со сложностью дела	4
6	Смена представителей ответчиков	3
7	Изменение исковых требований	2
8	Назначение экспертизы	2
9	Неявка ответчиков	2

10	Необходимость установления местонахождения ответчика	1
11	Ходатайства в связи с болезнью	1
Итого 57 продлений		

Как видно из представленной таблицы, основными причинами затягивания третейского процесса являются ненадлежащее извещение ответчиков, истребование арбитрами документов у сторон, заявление отвода арбитру и ходатайства сторон об отложении в связи с возможностью урегулирования спора мировым соглашением.

Актуальность проблемы извещения ответчика связана с тем, что надлежащее уведомление есть необходимое условие для перехода от одной стадии третейского разбирательства к другой. Невозможность надлежащего уведомления стороны является барьером, которое препятствует нормальному течению всего третейского процесса в целом. Так, в течение 3 дней со дня подачи искового заявления и уплаты регистрационного сбора МТС ТПП направляет ответчику уведомление о подаче искового заявления и предлагает в срок не более 15 дней со дня получения уведомления представить по нему свой отзыв, а также сообщить имена и фамилии избранных ответчиком арбитров. Без надлежащего уведомления ответчика о поступлении искового заявления становится невозможным следующий этап третейского процесса – формирования состава третейского суда. После формирования состава арбитража, возникает необходимость в надлежащем уведомлении сторон о дате, времени и месте устного слушания. Отсутствие надлежащего извещения стороны о дате третейского разбирательства в свою очередь является главной преградой к рассмотрению спора по существу. Поэтому решение проблемы надлежащего уведомления сторон на самом начальном этапе третейского разбирательства, самым благоприятным образом сказывается на общем сроке.

Статья 17 Регламента МТС ТПП позволяет «диверсифицировать» риски связанные с надлежащим извещением ввиду наличия альтернативных способов доставки уведомления. В соответствии с п.17.1 ст.17 Регламента, уведомления в письменном виде направляются заказным письмом или с помощью курьерской службы или через лиц, которым третейский суд это поручает, или передаются по факсу или с помощью электронной почты или иных телекоммуникационных средств связи предусматривающих регистрацию доставки.

При этом необходимо учитывать, что некоторые способы уведомления могут применяться лишь при наличии информации, которая может быть собрана после формирования состава арбитража. Для иных способов доставки уведомления, необходимо иметь дополнительную информацию, помимо той, которая представляется истцом в исковом

заявлении: адрес электронной почты сторон или номер факса. Секретариат не может самостоятельно запрашивать ее у истца, так как подобного рода информация может быть использована в целях уведомления, только после факта установления ее действительности. А процедура установления фактов является исключительной прерогативой состава арбитров. В таких условиях, способы уведомления сужаются до почтовой и курьерской службы и поручения третейским судом передачи извещения через конкретных лиц.

Однако, может ли секретариат такое поручение давать истцу? Полагаю, что нет. Секретариат не может возлагать обязанность по извещению истца на ответчика. Во-первых, согласно ст.1 Регламента МТС ТПП, «третейский суд» означает одного или трех арбитров, Следовательно, уведомление может быть вручено через лиц, которым *арбитры* это поручают. Во-вторых, если извещение ответчика происходит через истца, то по-сути технический процесс извещения становится процессуальным действием, которое ухудшает или улучшает процессуальное положение одной стороны по сравнению другой. Учитывая, что надлежащее уведомление имеет важнейшее значения для всего третейского процесса, то в руках стороны по делу оно превращается в процессуальный инструмент доказательства, если только такое поручение не исходит от арбитра.

Частная курьерская служба, в сравнении с почтовой, имеет превосходство лишь в сроках извещения. Однако и почтовая и частная курьерская службы обладают одним значимым недостатком, а именно, отсутствием возможности использовать иные способы уведомления. Обе службы не будут вручать извещение в случае отсутствия взрослых членов семьи жилищно-эксплуатационной организации, органу местного самоуправления по месту жительства адресата или администрации по месту работы. Решение данной проблемы видится в создании *собственной курьерской службы МТС ТПП*.

Основным недостатком уведомления ответчика почтовой службой является цикличность данного метода уведомления, а также то, что все уведомления направляются транзитом через почтовую службу. Так, МТС ТПП направляет уведомление на почту, которая пытается доставить его ответчику, а результат уведомления ответчика поступает обратно в МТС ТПП вновь через почту. Если почтовая служба не обеспечила надлежащее извещение ответчика, то МТС ТПП направляет уведомление в администрацию по месту работы ответчика, путь которого лежит снова через почту. Такой челночный метод уведомления может занимать от 10 до 30 и более дней.

При использовании собственной курьерской службы, курьер МТС ТПП осуществляет попытки надлежащего уведомления ответчика не по цикличному кругообороту, а

целенаправленным движением по нисходящей линии. Так, переходя от одного способа к другому, весь путь до надлежащего уведомления может быть проделан за 1 рабочий день.

Говоря о способах надлежащего уведомления, не стоит забывать и форме самого извещения. Пункт 17.1 ст.17 Регламента МТС ТПП устанавливает единую *письменную форму извещения*, которая является фундаментальным критерием надлежащего уведомления, вне зависимости от способа его доставки. Письменная форма всех извещений принципиальным образом оказывает влияние на то, каким образом извещение производится, а каким нет.

Например, может возникнуть вопрос, является ли объявление арбитра на устном слушании, даты и времени следующего третейского заседания надлежащим извещением ответчика? Не может, так как при этом не будет соблюдена письменная форма уведомления, что в конечном результате может являться основанием для отказа в выдаче исполнительного листа судом общей юрисдикции. Так, п.3 ст.421 ГПК как одно из оснований отказа выдачи исполнительного листа устанавливает, что *состав третейского суда или процедура третейского разбирательства не соответствовали соглашению сторон либо применимым правилам*. Применимым правилом в данном случае будет ст.17 Регламента МТС ТПП: «Любые уведомления или сообщения, которые требуются или могут потребоваться от сторон согласно настоящему Регламенту, представляются в письменном виде и направляются заказным письмом». Основная процессуальная нагрузка в данном случае ложится именно на письменное оформление надлежащего уведомления. При этом, наличие различных способов доставки уведомления не может менять способа его оформления - письменного. Письменный протокол устного слушания не может заменять собой письменное оформление уведомления, так как отражает то, что было на процессе, но не то, что имеется в материалах дела. Так, протокол устного слушания может содержать заявление стороны о наличии какого-то документа, но отражение такого заявления в протоколе, не является доказательством существования документа в природе или его наличия в материалах дела.

Отдельный интерес вызывает случай, когда известить ответчика не представляется возможным по той причине, что адрес, указанный в исковом заявлении и подтвержденный паспортными данными, не соответствует адресной справке о регистрации. Так, по исковому заявлению о взыскании Банком «Рога и Копыта» кредитной задолженности к Иванову И.И., уведомления, направлявшиеся третейским судом по адресу прописки ответчика, возвращались с пометкой почтовой службы «адресат не найден». На что по запросу арбитра, истцом была представлена справка Государственной регистрационной службы с указанием, что гражданин Иванов И.И. в Автоматизированной информационной системе

прописанным/выписанным не значится. В этом случае, арбитр вполне оправданно определил осуществлять уведомление через направление копии определения о дате слушания в орган местного самоуправления по последнему известному адресу ответчика, то есть адресу прописки указанному в паспорте. Будет ли такое извещение надлежащим? Безусловно, так как это прямо предусмотрено п.17.9 ст.17 Регламента МТС ТПП.

Если обратить внимание на статистику продлений третейских разбирательств МТС ТПП, другим основанием, ведущим к затягиванию третейского разбирательства, является *истребование арбитрами документов у сторон*. Безусловно, при истребовании дополнительных документов у сторон, арбитр преследует цель всестороннего рассмотрения дела. Однако факт затягивания третейского разбирательства, какими бы причинами он не был вызван, остается фактом. Помимо того, арбитр может встретиться с ходатайством стороны о выдаче запроса на получение документа или ответа из государственного учреждения. Сам третейский суд такого рода запросы выдавать не должен. Основанием для выдачи такого запроса для третейского суда должен служить официальный отказ государственного учреждения в выдаче запрошенного документа по заявлению стороны третейского разбирательства, с указанием о необходимости такого запроса судом. Данная позиция основывается на том, что сам по себе третейский суд не заинтересован в проведении какого бы то ни было собственного расследования для установления каких-либо фактов или истины. Основная задача третейского суда, это приведение сторон в то положение, которое стороны подразумевали при заключении договора содержащего третейскую оговорку. То есть стороны обращаются за разрешением конкретного спора, наличие которого препятствует сторонам получение того конечного результата, на получение которого была направлена воля сторон при заключении договора.

Для вынесения решения по делу, арбитр исследует те доказательства, которые представляют стороны для формирования у арбитра позиции по отношению к приведенным доводам истца или ответчика. Непредставление или представление одного документа может сыграть решающую роль в пользу, какой стороны будет вынесено решение. Таким образом, если говорить о запросе в государственное учреждение, то полученный ответ является процессуальным доказательством, которое может подтверждать один довод и опровергать другой, то есть, в конечном итоге усиливать позицию одной стороны и ослаблять другую. В итоге, результат такого запроса становится доказательством, а сам запрос в государственное учреждение методом добычи доказательства.

Между тем, согласно ст.40 Регламента, обязанность по представлению доказательства ложится на ту сторону, которая о таком доказательстве заявляет. Но вопрос способа

получения доказательства должен решаться самой стороной, а не составом арбитража. В ином случае нарушается принцип беспристрастности третейского разбирательства, установленного ст.4 Регламента МТС ТПП.

В свою очередь, самостоятельный запрос стороны в государственные органы, тоже не может быть основанием для отложения назначенного устного слушания. Если речь идет о необходимости получения соответствующего документа истцом, то такой документ должен быть получен до подачи искового заявления на стадии формирования пакета прилагаемых документов к исковому заявлению. Ответчик же должен при необходимости, получить подобного рода документ на стадии подготовки к устному слушанию, а в случае необходимости дополнительного времени, такое заявление ответчиком должно быть заявлено на предварительном слушании.

До сих пор, речь шла о причинах затягивания третейского разбирательства, которые не предполагают целенаправленное затягивание сроков рассмотрения третейского спора. Наряду с этим, стороны могут использовать право установленное ст.30 Регламента МТС ТПП, а именно, право на отвод арбитра, как инструмент по затягиванию арбитражного процесса. Сам по себе отвод арбитра не должен являться способом затягивания срока третейского разбирательства, так как п.30.4 ст.30 Регламента МТС ТПП содержит исчерпывающий перечень оснований для отвода арбитра.

В то же время, статья 30 Регламента МТС ТПП устанавливает два временных срока для заявления отвода арбитра: письменное заявление стороны об отводе, содержащее его мотивы должно быть сделано *не позднее 15 дней* после того, как сторона узнала о сформировании состава третейского суда или *в течение трех дней* после того, как сторона узнала об обстоятельствах, которые могут служить основанием для отвода.

Так, истец гражданин обратился в МТС ТПП с исковым заявлением к юридическому лицу о признании недействительным протокола торгов по реализации заложенного имущества. В ходе устного слушания, истец обратился с ходатайством о назначении экспертизы для определения начальной стартовой цены предмета залога, на что арбитром было вынесено определение об отказе в назначении экспертизы. После чего истец заявил отвод арбитра. Председателем МТС ТПП было вынесено определение об отказе в удовлетворении ходатайства. После возобновления третейского разбирательства, на устном слушании истец снова заявил отвод арбитра, в удовлетворении которого вновь было отказано. Не смотря на то, что в отводах арбитра было дважды отказано, истец до даты устного слушания, которое было назначено после возобновления третейского разбирательства, подал новое ходатайство об отводе арбитра. Исходя из вышеизложенных

фактов, следует, что в промежуток времени между вынесением определения о назначении даты и времени устных слушаний и подачей ходатайства об отводе арбитра, единоличным арбитром не было совершено каких-либо процессуальных действий, из которых бы вытекали новые ранее не исследованные обстоятельства, которые могли бы служить основанием для отвода. В результате чего было вынесено определение об отказе в рассмотрении ходатайства об отводе арбитра.

Несмотря на очередной отказ в отводе арбитра, ввиду отсутствия оснований для отвода, истец последовательно заявил еще три отвода арбитру, по тем же самым основаниям, которые были изложены в предыдущих ходатайствах, в удовлетворении которых было отказано. Истец заявлявший неоднократно отводы арбитру, по одним и тем же основаниям, несмотря на то, что по каждому из заявленных отводов выносилось определение об отказе в отводе арбитру, тем самым явным образом своими действиями нарушил ст.7 Регламента МТС ТПП, которая не допускает действия связанные со злоупотреблением правами, предусмотренными Регламентом.

Пункт 30.2 ст.30 Регламента МТС ТПП устанавливает срок в 15 дней в течение которого сторона должна заявить отвод арбитру после того, как узнала о формировании состава третейского суда. Она подразумевает основания для отвода арбитру, связаны с личностью арбитра, то есть наличие родственных связей или отсутствие квалификации, обусловленной третейским соглашением. Все иные основания для отвода арбитру предъявляются в течение 3 дней после того, как сторона узнала об обстоятельствах, которые могут служить основанием для отвода. В случае несоблюдения данных императивных норм Регламента МТС ТПП сторона утрачивает возможность заявить отвод, ввиду отсутствия надлежащей формы заявленного отвода и злоупотребления своими правами.

Более того, п.7.2 ст.7 Регламента МТС ТПП предусматривает, что злоупотребление одной из сторон правом, влечет за собой возложение составом третейского суда на виновное лицо дополнительных издержек. Данный инструмент, так же должен активно использоваться, для того, чтобы срок третейского разбирательства не превышал 3 месяца. Следует помнить, что не только арбитры и стороны по делу, но абсолютно все лица так или иначе связанные с третейским разбирательством должны прилагать максимум усилий для того, чтобы общий срок разбирательства соблюдался.

НАДЛЕЖАЩЕЕ УВЕДОМЛЕНИЕ СТОРОН О НАЗНАЧЕНИИ АРБИТРА И О ТРЕТЕЙСКОМ РАЗБИРАТЕЛЬСТВЕ

Кыдырбаева Жаныл
секретарь МТС ТПП

Одним из преимущественных отличий третейского разбирательства в МТС ТПП от судебного разбирательства в государственных судах являются сокращенный срок по разрешению спора между сторонами, который варьируется от 1 до 3 месяцев в зависимости от выбранного сторонами регламента. Каждому третейскому разбирательству должно предшествовать надлежащее уведомление сторон о начале третейского разбирательства, времени, месте и дате слушания, что влияет на сроки рассмотрения и качество рассмотрения спора по существу. Важность данного обстоятельства объясняется и тем, что, при нарушении процедуры уведомлений сторон, окончательное и не подлежащее обжалованию решение МТС ТПП может оказаться неисполнимым⁵⁹.

Однако не всегда простое направление уведомления сторонам свидетельствует о *надлежащем* информировании их о начале третейского разбирательства. В отдельных случаях возникают сложности по доставке и вручению уведомлений МТС ТПП лично сторонам, участвующим в деле. В связи с чем, в данной статье автор предлагает проанализировать данную процедурную часть третейского разбирательства, изложить проблемы, возникающие на практике и обсудить способы их решения.

Итак, при поступлении искового заявления ответственный секретарь МТС ТПП направляет ответчику соответствующее письмо-уведомление с приложенными к нему документами. При рассмотрении дел, сторонами по которым выступают резиденты КР, ответственным секретарем, в основном, используется государственная почтовая служба и заказные виды почтовых отправок с уведомлением о доставке. Письмо-уведомление МТС ТПП вручается ответчику лично под расписку на подлежащем возврату в МТС ТПП документе или втором экземпляре уведомления. При направлении документов по делу в адрес ответчика - юридического лица, соответствующее письмо-уведомление МТС ТПП вручается соответствующему должностному лицу ответчика, которое расписывается на корешке возвращаемого в МТС ТПП документа или втором экземпляре уведомления.

⁵⁹ Согласно п.2 ч.2 ст. 421 ГПК КР суд вправе отказать в выдаче исполнительного листа, в случае если одна из сторон не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или третейском разбирательстве

Этот начальный этап третейского разбирательства важен для добросовестной стороны ответчика также в связи с тем, что официально полученный из МТС ТПП пакет документов с описью приложений, позволит ответчику надлежащим образом подготовить свою позицию защиты и возражение на поданное исковое заявление.

Но, к сожалению, не всегда удается вовремя и надлежащим образом вручить уведомление адресату. В практике имеются случаи, когда письма и документация, направленные арбитражем стороне по делу, возвращаются с отметками о том, что адресат не проживает по указанному адресу либо адресат отказался от получения конверта. В других случаях, в связи с отсутствием адресата по месту проживания в момент доставки корреспонденции, почтовый курьер оставляет уведомление о необходимости получить конверт в почтовом отделении. В последующем, направленная МТС ТПП документация не дождавшись адресата, по истечении одного месяца возвращается в МТС с отметкой «по истечении срока хранения».

Если причина этого несоответствие адреса, то вопрос о проживании (нахождении) стороны по делу уточняется соответствующими запросами и справками, и документация повторно направляется арбитражем по уточненному адресу. Другое дело, если сторона умышленно уклоняется от получения судебной документации нарочно либо в соответствующем почтовом отделении. МТС ТПП – это внесудебный договорной орган и добросовестность сторон при рассмотрении спора предполагается с момента заключения соглашения, содержащего соответствующую третейскую оговорку. Однако возникновение у сторон соглашения спорных ситуаций зачастую стирает рамки добросовестности и разумности, в связи с чем, очень часто в ход идут всевозможные методы поведения одной из сторон, позволяющие избежать третейского разбирательства и ответственности.

Для урегулирования таких случаев, процессуальные нормы МТС ТПП предлагают следующие эффективные способы. Так, согласно п.7.1. ст.7 Регламента МТС ТПП в третейском суде не допускаются действия лиц, участвующих в третейском разбирательстве, осуществляемые с намерением:

- причинить вред другому лицу;
- препятствовать быстрому и справедливому разрешению спора по существу;
- затянуть сроки третейского разбирательства.

Иными словами, в случае, если сторона по делу умышленно препятствует быстрому и справедливому разрешению спора путем затягивания сроков третейского разбирательства, это является основанием для возложения составом третейского суда на виновное лицо

дополнительных издержек, понесенных другой стороной или судом в связи со злоупотреблением права.

Далее, в случаях отсутствия ответчика по имеющемуся в материалах дела адресу возможно применение п.17.7 ст.17 Регламента МТС ТПП, устанавливающего, что действительным адресом стороны, используемым с целью уведомления или для передачи каких-либо сообщений в процессе третейского разбирательства, в случае отсутствия официального уведомления об изменении адреса, переданного всем сторонам, МТС ТПП и арбитрам, используется *последний известный домашний или рабочий адрес этой стороны*. Несмотря на указанную норму, тем не менее, состав арбитров прилагает максимальные усилия для установления фактического местонахождения и проживания стороны и обеспечения ее надлежащей доставкой судебной документации. При этом в случае смены адреса проживания, сторон третейского разбирательства обязана сообщить третейскому суду свой новый адрес для получения судебной корреспонденции.

Иная ситуация возникает в случае, если фактическое местопребывание ответчика суду неизвестно. В этом случае в соответствии с п.17.9 ст. 17 Регламента МТС ТПП третейский суд приступает к рассмотрению дела по поступлении в суд извещения с надписью, удостоверяющей получение судебных документов *жилищно-эксплуатационной организацией* либо *органом местного самоуправления* по последнему известному месту жительства ответчика либо *администрацией организации* по последнему известному месту работы ответчика. Регламентом МТС ТПП предусматривается подобный механизм, потому что перечисленные в п.17.9 ст.17 Регламента органы и их статус предоставляют больше гарантий в том, что направленные судом документы действительно будут вручены соответствующему заинтересованному лицу.

Действительно, администрация организации – работодателя ответчика - это орган, на который возложены функции оперативного управления организацией. Принадлежащие организации права осуществляются как их руководителями, так и по установленному распределению обязанностей, другими должностными лицами. Администрация осуществляет управленческие функции внутри самой организации, а также вступает во внешне административные правоотношения с органами исполнительной власти, органами местного самоуправления и иными субъектами в связи с осуществлением своих функций.

В свою очередь, орган местного самоуправления (МСУ) - это совокупность граждан КР, постоянно проживающих на территории административно-территориальной единицы, объединенных интересами под свою ответственность решать вопросы местного значения самостоятельно через представительные и исполнительные органы местного

самоуправления. Жилищно-эксплуатационная организация (ЖЭО) является управляющей организацией, которая действует от лица собственника жилищного фонда или уполномоченной им организации на основании заключенного с ней договора. Следовательно, и орган МСУ и ЖЭО в рамках своей компетенции и территориального расположения имеют права и возможности обеспечить передачу почтовых сообщений гражданам, проживающим в пределах соответствующей административно-территориальной единицы. Систему доставки почтовых сообщений МТС ТПП в органы МСУ и ЖЭО также необходимо использовать и в том случае, если почтовая корреспонденция возвращена в МТС ТПП с отметкой «по истечении срока хранения». В любом случае, если почтовое сообщение суда было доставлено в соответствии с требованиями п.17.9 ст.17 Регламента МТС ТПП, то ответчик считается уведомленным надлежащим образом о начале и ходе третейского разбирательства.

Попытка ответчика отказаться принять судебную почтовую корреспонденцию, которая была доставлена надлежащим образом, не является препятствием к началу либо продолжению третейского разбирательства, т.к. согласно п.17.6 ст. 17 Регламента МТС ТПП *лицо, отказавшееся принять судебное извещение, считается извещенным о времени и месте третейского разбирательства или совершения отдельного процессуального действия.* В случае отсутствия адресата в момент доставки почтовой корреспонденции из МТС ТПП, возможно ее вручение взрослым совершеннолетним членам семьи адресата, проживающих с ним, чья роспись с указанием фамилии и степени родства будет также свидетельствовать о надлежащей доставке судебной документации. Однако в данном случае, вручение и получение почтового сообщения членам семьи адресата возможно исключительно с их добровольного согласия.

В любом случае, представляется, что суд, рассматривая вопрос о том было ли уведомление *надлежащим*, должен исходить из того *имелась ли у сторон возможность участвовать в третейском разбирательстве.* К примеру, если будет достоверно установлено, что сторона была осведомлена о проведении третейского разбирательства (например, в силу того, что представитель принимал участие в заседании третейского суда либо имеющейся в материалах дела расписки на уведомлении о получении заказного письма) либо из ее поведения следует, что ей было известно о проведении разбирательства (например, сторона подает ходатайство об отложении слушания при отсутствии в материалах дела доказательств вручения ей извещения о дате слушаний), следует полагать,

что сторона *фактически могла представить свои объяснения* по делу, а потому следует считать уведомление надлежащим⁶⁰.

В случаях, невозможности уведомить стороны надлежащим образом, истцы и арбитры пытаются всевозможными способами установить этот адрес и уведомить ответчика, однако некоторые арбитры считают, что не должны этого делать. Я придерживаюсь мнения, что необходимо использовать все возможности, чтобы уведомить ответчика надлежащим образом. Так как уведомление сторон надлежащим образом необходимо для соблюдения принципа равноправия сторон третейского разбирательства. Каждой стороне предоставлены равные возможности для защиты своих прав в МТС ТПП. Стороны пользуются равными процессуальными правами. Возможно, адресат по указанному адресу не проживает, но ему не безразличен возникший спор в МТС ТПП. Соответственно если он не проживает по указанному адресу, он не будет получать наши уведомления, а соответственно - не будет участвовать в слушаниях, а в материалах дела будут отсутствовать доказательства доставки уведомления. Все это в последующем рискует вылиться в отказ в выдаче исполнительного листа.

Практике МТС ТПП, в частности, известен случай когда истец (резидент КР) обратился в третейский суд с иском к ответчику (резидент КНР) о взыскании суммы доплаты за товар. Ответчику по адресу, указанному в контракте, почтовым отправлением было направлено определение третейского суда о времени и месте устных слушаний. Данное письмо не было доставлено Ответчику в виду того, что почтовой службой ответчик по указанному адресу не был найден, телефонные номера не обслуживаются.

Состав арбитров дополнительно уведомил ответчика по пяти известным адресам электронной почты. По трем из них электронные письма доставлены не были. При этом от ответчика не поступило никаких ответных сообщений. Принимая во внимание изменение ответчиком контактных данных без официального уведомления об этом истца и третейского суда, а также безуспешность многократных попыток, предпринятых Истцом, по установлению местонахождения Ответчика (запросы в МИД двух государств, генеральную прокуратуру Кыргызской Республики в рамках соглашения о правовой помощи), и попыток третейского суда связаться с ответчиком по последнему известному адресу для уведомления его о рассмотрении спора, третейский суд посчитал, что им предприняты разумные и достаточные меры по уведомлению ответчика.

⁶⁰ Подробнее см.: Руководство по Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 1958 г.), ООН, 2016. с.175

Международный опыт свидетельствует о том, что и в вопросах *вручения уведомлений* следует опираться на поведение сторон, нежели на технические моменты. Учитываются разумные попытки истца уведомить ответчика, даже если само уведомление ответчиком получено не было. Без излишнего формализма подходят суды и к вопросу о том, кем было получено уведомление. Доводы о том, что получившее уведомление лицо не является полномочным представителем стороны спора обычно признаются несостоятельными⁶¹.

Несмотря на то, что Регламент устанавливает строгое правило о *письменной форме* уведомления, он позволяет использовать современные технологии при отправке уведомлений. Считается достаточным уведомление посредством СМС, WhatsApp сообщений, телефонограмм, а также по факсу. Главное, чтобы средство связи предусматривало регистрацию доставки. Как известно, на сегодняшний день, сотовый номер официально зарегистрирован за его владельцем, телефонограмма составляется официально, и имеется подтверждение о передачи информации через факс. Уведомление вручили надлежащему лицу, но в короткие сроки, это может быть уведомление через факс либо WhatsApp, данное уведомление так же считается надлежащим уведомлением, так как 10-дневный срок по Регламенту (2-дневный срок по Ускоренному регламенту МТС ТПП) мы обязаны соблюсти только для первого слушания.

В практике автора также имелись случаи, когда в ходе слушаний стороны дополнительного договаривались о порядке доставки уведомлений и извещений МТС ТПП. Так, например, в одном из дел, стороной которого выступала иностранная компания, стороны договорились о возможности отправки судебной документации МТС ТПП сотруднику по электронной почте, которое было наделено также правомочием получать уведомления о третейском разбирательстве и участвовать в рассмотрении дела.

Важность тщательности процедуры уведомления сторон о третейском разбирательстве, а также информированности о данной процедуре участников спора, основана также на стремлении суда предоставить всем сторонам равные права, так как при надлежащем уведомлении сторон о третейском разбирательстве, факт неявки одной из сторон не препятствует рассмотрению спора по существу. С другой стороны интересен тот факт, что одним из оснований для отказа в выдаче исполнительного листа согласно пп.3 п. ст. 421 ГПК КР является случай, когда состав третейского суда или процедура третейского разбирательства не соответствовали соглашению сторон либо применимым правилам. МТС ТПП не обладает правами принудительного привода сторон на слушание. В то же время,

⁶¹ Подробнее см.: Руководство по Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 1958 г.), ООН, 2016. с.179

МТС ТПП также не обладает правами активного судебного органа, дача оценки обстоятельствам спора основано на письменных доказательствах и устных утверждениях сторон. Следовательно, как следует из ст.8 Регламента МТС ТПП любая из сторон, которая знает, что какое-либо положение или требование Регламента не было соблюдено, и, тем не менее, продолжает участвовать в третейском разбирательстве, не заявив немедленно возражений против такого несоблюдения, считается отказавшейся от своего права на возражение. То есть если надлежащим образом уведомленная о третейском разбирательстве сторона, продолжает игнорировать и не является на слушания, при этом не заявляет о нарушении какого-либо положения или требования Регламента, включая не соответствие третейской оговорке процедуры третейского разбирательства, то это не может являться основанием для отказа в выдаче исполнительного листа.

ПРАВО ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЯ ПРАВОМ В ТРЕТЕЙСКОМ РАЗБИРАТЕЛЬСТВЕ: «БЫТЬ ИЛИ НЕ БЫТЬ?..»

Омуралиев Сагын Чепашевич

арбитр МТС ТПП,
адвокат

«Если хочешь быть свободным – соблюдай законы»
(Цицерон)

В широко используемом и популярном в народе «Словаре русского языка» С.И.Ожегова из четырёх определений слова **«право»** процитируем два из них:

«Право, - ...2. Охраняемая государством, узаконенная возможность, свобода что-либо делать, осуществлять. 3. Возможность действовать, поступать каким-н. образом...»⁶².

В офисе МТС ТПП на двух сторонах шкафа со специализированной литературой висят 2 экземпляра единственной выдержки из Регламента МТС ТПП, которую вероятно видели и читали все арбитры:

«Статья 7. Недопустимость злоупотребления правом в третейском суде.

7.1. В третейском суде не допускаются действия лиц, участвующих в третейском разбирательстве, осуществляемые с намерением:

- причинить вред другому лицу;*
- препятствовать быстрому и справедливому разрешению спора по существу;*
- затянуть сроки третейского разбирательства.*

Не допускается злоупотребление правами и в иных формах.

7.2. Злоупотребление одной из сторон правом, влечёт за собой возложение составом третейского суда на виновное лицо дополнительных издержек, понесённых другой стороной или судом в связи с этим злоупотреблением права».

Автор данной статьи является арбитром МТС ТПП практически с момента его создания, отмечающего в этом году своё 15-летие. В ходе бесед с другими арбитрами, а также с бывшими и ныне действующими сотрудниками аппарата МТС ТПП, было установлено, что с момента утверждения Наблюдательным Советом Регламента в 2003г. (с дополнениями и изменениями), данная ст.7, несмотря на вывешенную в офисе выдержку из

⁶² Ожегов С.И. Словарь русского языка. Издание восьмое, стереотипное. Изд. «Советская энциклопедия». М. 1970. С.567

Регламента, практически никем не применялась в ходе рассмотренных арбитрами свыше 800 дел.

Может быть, не зря вывешена *только эта статья* из, в общем-то, объёмного, 51-статейного Регламента? И можно ли это расценивать как некое ненавязчивое напоминание арбитрам о необходимости использования в своей практике этой нормы? Или возможно МТС ТПП «устал» от периодических *«злоупотреблений правом»* со стороны отдельных участников третейского разбирательства, а арбитры так и не рискуют начать реализовывать имеющееся у них право?

Отсюда возникает само напрашивающаяся мысль: а зачем тогда была введена такая норма в правила ведения и рассмотрения дел, называемых Регламентом? Значит данная статья является «мёртвой», т.е. недействующей и неиспользуемой арбитрами при исполнении своих полномочий? А зря... Хотя изначально она имела очень хорошие и эффективные намерения по сдерживанию некоторых «зарывающихся» представителей сторон в ходе рассматриваемого дела от злоупотреблений, умышленно допускаемых ими в ходе слушаний. И она даёт МТС ТПП и его арбитрам реальные возможности регулирования третейских разбирательств, не идя на поводу у «нерадивых» участников процесса.

Уверен, что таких фактов за истёкшие 15 лет функционирования МТС ТПП, у арбитров накопилось немало. Здесь также считаю уместным привести в пример известную латинскую поговорку «*Dura lex sed lex*» - «Закон суров, но это закон», т.е. участникам третейского разбирательства его надо соблюдать, а при нарушении данной нормы арбитрам необходимо активнее применять в своих действиях ст.7 Регламента.

Исходя из приведённой в наименовании статьи известной Шекспировской фразы Гамлета «*To be or not to be...*» - «Быть или не быть...» я бы рекомендовал арбитрам всё-таки - «быть», т.е. активней пользоваться своими правами, предоставленными этой статьёй по следующим причинам.

В своей практике автору этих строк пришлось столкнуться с крайней необходимостью применения данной нормы. В ходе рассматриваемого составом арбитров одного конкретного дела по кредитно-денежным отношениям, третейское разбирательство затянулось почти на год при требованиях Регламента в 3 месяца. Одной из основных причин затягивания представителем ответчика процесса (кстати, он же одновременно *является и арбитром МТС ТПП*) стало его *злоупотребление правом* в угоду своему доверителю и, так называемой, процедуры «отрабатывания денег».

В целях *умышленного затягивания сроков* рассмотрения спора и его волокиты им *дважды* использовалось «*право отвода*» всего состава арбитров, даже угроза отвода

секретаря заседания, внесение различного рода многочисленных, зачастую необоснованных ходатайств, заявлений и т.п. В своих письменных документах представитель ответчика обращался не только к Председателю МТС ТПП, *но и в адрес Наблюдательного совета*, хотя поставленные им требования по отводу не входили в компетенцию последнего.

В соответствии со ст.30.3. Регламента, вопрос отвода арбитра (арбитров) решается Председателем, а не Наблюдательным Советом. Кроме этого доверенное лицо ответчика в случае «непринятия соответствующих мер» к составу арбитров письменно угрожало передать материалы дела в СМИ и в правоохранительные органы, тем самым, нарушая ст.19 Закона о третейских судах и ст.14 Регламента, предусматривающих неукоснительное соблюдение принципа *конфиденциальности* в действиях МТС ТПП и его арбитров. А ведь членами Наблюдательного совета являются и другие арбитры. Обращаясь по отводу в Наблюдательный совет и другими своими действиями, представитель ответчика выражал своё недоверие *и Председателю МТС ТПП*.

Таким образом, доверенное лицо, в грубое нарушение ст.7 Регламента, пыталось всячески *заволокутить рассмотрение дела*, различными угрозами оказывать давление как на арбитров, секретаря, так и на Председателя МТС ТПП и членов Наблюдательного Совета.

Тем более нелицеприятно так поступать доверенному лицу, самому являющемуся арбитром МТС ТПП. Где же элементарная норма правовой этики?..

Мы соглашаемся с тем, что при рассмотрении спора Закон о третейских судах и Регламент МТС ТПП позволяют сторонам подавать разного рода ходатайства и заявления, включая отводы, однако подобные действия, отмеченные в нашем кейсе, *негативно отражаются* на следующем:

а) существенно увеличивают сроки рассмотрения дела, теряется драгоценное время арбитров, других участников процесса и сотрудников МТС ТПП;

б) создают излишний документооборот, значительно загружают и без того перегруженную каждодневную деятельность аппарата МТС ТПП;

в) дискредитируют деятельность всего МТС ТПП перед глазами как участников третейского разбирательства, так и общества в целом, подводя МТС ТПП под аналогию с общегосударственными судами, годами затягивающими судебные слушания.

Арбитры (арбитр) *по своему внутреннему убеждению* могут разграничить:

- 1) *законное* право стороны на отвод (или многочисленные ходатайства) и
- 2) *злоупотребление* этим правом, поскольку они, арбитры (хорошо, если единогласно), могут расценить их подачу *необоснованными и попыткой затянуть* процесс.

И данное *право* также широко предоставлено *арбитрам* ст.7 Регламента с принятием указанных в ней мер воздействия.

В нашем кейсе отводы, заявленные всему составу арбитража *дважды*, однозначно были расценены как *инструмент затягивания процесса* и они действительно его затянули. Ведь отводы *дважды* рассматривались Председателем МТС ТПП, кроме того, этот вопрос, как упоминалось выше, был подан ещё и на имя Наблюдательного Совета, а все эти процедуры требовали очень много времени.

Что касается угроз передать материалы дела в СМИ и правоохранительные органы, то в рамках функционирования институционального Третейского суда, коим является МТС ТПП КР, данный факт является не только вопиющим *злоупотреблением правом*, но и грубейшим нарушением его *политики и этики*.

В сравнении со ст.9 ГК КР, регламентирующей «пределы осуществления гражданских прав», ст.7.2 Регламента МТС ТПП также предоставляет достаточно полномочий на «*возложение составом третейского суда на виновное лицо дополнительных издержек, понесённых другой стороной или судом в связи с этим злоупотреблением права*». И этим правом арбитрам необходимо пользоваться в конкретных случаях при возникновении соответствующей ситуации по рассматриваему третейскому разбирательству.

Ведь основными принципами при создании и функционировании Третейского суда **в противовес судам общей юрисдикции**, как мы знаем, были и остаются беспричастность арбитров, ускоренные сроки рассмотрения дел, конфиденциальность споров, наличие только одной инстанции, окончательность решения и ряд других преимуществ.

В ходе рассмотрения данного дела автором статьи несколько раз было предложено другим участникам состава арбитража *о необходимости применения ст.7*, поскольку она даёт широкую возможность, так сказать, «урезонивания» виновников *умышленного затягивания сроков* третейского разбирательства, за воспрепятствование, как указано в ст.7.1., «*быстрому и справедливому разрешению спора по существу*», «*злоупотреблению правами в иных формах*». Однако, в глазах своих коллег я видел неуверенность и какую-то настороженность в возможности применения вполне справедливой нормы права. Вероятно, сказывалось и отсутствие прецедента в сравнительно небольшой истории и практике МТС ТПП.

Данный пример, а возможно аналогичные случаи и у других арбитров по рассматриваемым спорам, вероятно, всё-таки настроят коллег активнее использовать данную норму Регламента, поскольку, как отмечено в эпиграфе данной статьи («Если хочешь быть

свободным – соблюдай законы». Цицерон), отсутствие или несоблюдение законов не ведёт к свободе, а может и наоборот привести к хаосу и беспорядку, граничащему с беспределом.

Другое дело – каков механизм и процедура использования данной санкции, каким образом арбитраж может возложить «на виновное лицо дополнительных издержек, понесённых другой стороной или судом» (ст.7.2.), как эти издержки рассчитать и взыскивать? В каждом конкретном случае – с индивидуальным подходом и нет здесь единого шаблона.

Таким образом, обсуждаемая статья Регламента даёт широкие полномочия нашим арбитрам воспользоваться своим правом, тогда как в Регламентах некоторых других стран нет таких специальных норм.

Так, в п.2, параграфа 21, главы VI Регламента Международного Коммерческого Арбитражного суда ТПП РФ сказано:

«2. Стороны и их представители должны добросовестно пользоваться принадлежащими им процессуальными правами, не допускать злоупотребления этими правами и соблюдать установленные сроки их осуществления», то есть эта норма носит *рекомендательный* характер.

В п.2 ст.37 Арбитражного Регламента Казахстанского Международного Арбитража (КМА) также указано:

«2. В случае, если состав арбитража признает необоснованной задержку, допущенную стороной в изменении или дополнении исковых требований или возражений по иску, он может возложить на неё возмещение дополнительных расходов КМА и издержек другой стороны, вызванных этой задержкой». В данном случае речь идёт о задержке стороны по внесению изменений или дополнении исковых требований или возражений по иску, а не о «*злоупотреблении правом*» одной из сторон. А в п.5 ст.32 этого же Регламента говорится о полномочиях арбитража по удалению стороны при её *неуважительном поведении во время проведения третейского разбирательства*.

Альтернативным вариантом можно воспользоваться арбитрам МТС ТПП и в случае, когда *представитель стороны*, хорошо изучивший Регламент и, так сказать, «страдающий» от «*злоупотребления правом*» другой стороны, разобравшись в сути и возможности использования 7-й статьи, сам может предъявить обоснованные и документально подтверждённые расчёты по издержкам, понесённым в результате «*злоупотребления правом*» противоположной стороны. Третейский суд, изучив предъявленные доказательства, исходя из *имеющейся и обсуждаемой нормы права (ст.7) и по своему внутреннему убеждению*, без каких-либо оглядок и опасений, вправе в своём решении удовлетворить данное требование «страдающего» заявителя.

Относительно издержек, понесённых *самим третейским судом* (ст.7.2.) в результате аналогичного «*злоупотребления правом*» одной из сторон в ходе конкретного третейского разбирательства, считаю возможным поручить аппарату МТС ТПП (включая бухгалтерию), произвести разумные, но *объективные подсчёты* по понесённым МТС ТПП издержкам и представить *расчёты* составу арбитров на рассмотрение и вынесение соответствующего решения в рамках правового поля. Это могут быть дополнительные по конкретному делу почтовые расходы, затраты на дополнительную бумажную и IT-продукцию, возможные транспортные расходы, количество затраченного времени сотрудников МТС ТПП и арбитров в человеко-часах.

Естественно, и в первом и во втором случае, когда от «*злоупотребления правом*» страдает как *одна сторона* слушания, так и *МТС ТПП*, решение арбитров должно быть вынесено по ст.7 только на основании *документальных письменных материалов и расчётов* в соответствии с латинской поговоркой: “Quod non est in actis non est in mundo” – «Чего нет в документе, того нет на свете».

МТС ТПП за свои 15 лет уже давно вырос «из коротких штанишек», прочно встал на ноги, завоевал должный авторитет в обществе как внутри страны, так и за её пределами и нам арбитрам пора и дальше повышать его статус, используя все предоставленные нормативно-правовыми актами возможности и рычаги, искоренять всяческие манипуляции, существенно ограничивать *право злоупотребления правом* злонамеренно настроенной стороны в ходе третейского разбирательства.

Кроме этого, давно назрел вопрос о разработке, обсуждении и принятии так называемого «*Этического Кодекса арбитра МТС ТПП*», который бы регулировал этические нормы поведения арбитров, призывал бы их к высоконравственному и высокопрофессиональному осуществлению своих функциональных прав и обязанностей и служил бы достойным примером не только для всех арбитров-юристов и не юристов, но и вообще участников процесса и простых граждан.

МЕРЫ ПО ОБЕСПЕЧЕНИЮ ИСКА В ТРЕТЕЙСКОМ РАЗБИРАТЕЛЬСТВЕ

Шербото Асель

*арбитр МТС ТПП,
член правления ЗАО «Толубай банк»*

Чекошев Айбек Мелисканович

*арбитр МТС ТПП,
председатель правления ЗАО «Толубай банк»*

Исполнимость решения третейского суда является важнейшим фактором оценки эффективности его деятельности. Зачастую для обеспечения исполнения стороны считают необходимым принятие мер, в силу которых возникает определенная гарантия, что при недобросовестном поведении должника у взыскателя будет возможность получить исполнение согласно решению.

Статья 22 Закона о третейских судах дает право третейским судам применять такой механизм как *меры по обеспечению иска*, что в деятельности МТС ТПП имеет практическую реализацию, так как стороны нередко подают соответствующие ходатайства. И как следствие арбитру надлежит решить вопросы о необходимости, законности и наличии у него полномочий по принятию подобных мер.

Меры по обеспечению иска условно можно подразделить на следующие категории:

1. *меры в поддержку третейского разбирательства*. Например, обязывающие одну сторону предоставить другой стороне возможность получить доказательства, находящиеся в ее распоряжении или сохранять в течение разбирательства определенные доказательства (не производить какие-либо изменения на спорном объекте и т.п.);
2. *меры, направленные на избежание дополнительных убытков*, включая сохранение существующего положения дел до окончательного разрешения спора. Например, обязывающие воздерживаться от принятия каких-либо мер до вынесения решения либо совершить конкретные действия, направленные на обеспечение сохранности скоропортящихся товаров;
3. *меры, способствующие последующему приведению в исполнение решения третейского суда*. Например, наложение ареста на имущественные активы ответчика.

В практике МТС ТПП чаще всего стороны просят принять решение о мерах, которые обеспечат исполнение решения, а именно наложение ареста на активы противной стороны. Однако именно эти меры наименее применимы в рамках третейского разбирательства со стороны третейского суда.

Необходимо отличать добровольные обеспечительные меры, применяемые стороной третейского разбирательства по распоряжению третейского суда, от обеспечительных мер (мер по обеспечению исков, рассматриваемых в третейских судах), применяемых компетентным судом по заявлению стороны третейского разбирательства.

Распоряжение третейского суда о принятии мер является диспозитивным способом, который сохранился наряду с обеспечительными мерами, применяемыми компетентными судами (императивный способ). Как известно, Законом КР от 11 декабря 2013 г. № 217 были введены изменения и дополнения в ст.ст. 140, 141-1 ГПК КР⁶³. В результате у сторон третейского разбирательства появилась возможность обеспечить исковые требования посредством определения, вынесенного государственным судом, придав, таким образом, характер принудительности.

Таким образом, арбитру важно понимать, что при рассмотрении им соответствующего заявления стороны, речь идет о *добровольном обеспечении*, которое производится без применения мер принуждения.

При этом следует обратить внимание, в первую очередь, на следующие факторы:

- применение этого механизма в рамках третейского разбирательства может быть *ограничено соглашением сторон*.

Законодатель, установив право сторон третейского соглашения решить, будут ли они применять правила о принятии обеспечительных мер или откажутся от применения этих правил, подчеркнул добровольный характер обеспечительных мер, предусмотренных ст.22 закона о третейских судах.

- арбитр не принимает меры, а принимает решение о том, что сторона спора принимает соответствующие меры, что очевидно исходя из формулировки *«распорядиться о принятии какой-либо стороной мер»*.

Указанная формулировка означает, что сторона разбирательства принимает на себя определенные обязанности. Принять на себя обязанности возможно только добровольно. Соответственно распоряжение третейского суда не может носить для стороны обязательного, исполнимого принудительно характера.

⁶³ В действующем с 1 июля 2017 года ГПК КР данные положения соответствуют ст.ст.142 и 143.

- речь идет о мерах «в отношении предмета спора», а не о любых мерах, которые заявившая ходатайство сторона посчитает приемлемым.

Под предметом спора, как известно, понимается объект спорного правоотношения, благо, относительно которого возникает спор между истцом и ответчиком. Например, движимое или недвижимое имущество, деньги, акции, корпоративные права, права и обязанности лица.

Распоряжение третейского суда может быть выражено, например, в виде принятия ответчиком обязанности не отчуждать спорное имущество. Между тем, исходя из норм ст.22 Закона о третейских судах, с просьбой распорядиться о принятии обеспечительных мер вправе обратиться любая сторона. Следовательно, такие меры могут быть приняты и истцом. Например, в виде принятия истцом обязанности не препятствовать ответчику пользоваться спорным имуществом.

При решении рассматриваемого вопроса арбитру, учитывая отсутствие в законодательстве норм, подробно регламентирующих всю процедуру принятия решения в рамках третейского разбирательства, вполне допустимы и уместны аналогии с процессуальным законодательством. Следовательно, следует учитывать следующие аспекты.

- *обоснованность* заявления, поданного стороной разбирательства.

Заявитель, прежде всего, должен обосновать причины обращения обстоятельствами, подтверждающими необходимость принятия обеспечительных мер. Очевидно, что суд не имеет возможности достоверно устанавливать факты уклонения ответчика от будущего исполнения решения суда. Исходя из принципа разумности, есть смысл установить достаточную вероятность существования таких фактов.

- *соразмерность* обеспечительных мер заявленным требованиям.

Соразмерность является категорией во многом оценочной, и установленных законом рамок иметь не может. В юридической литературе рекомендуется учитывать соотносимость права и интереса, о защите которых просит заявитель, стоимости имущества, на которое он просит наложить арест, либо имущественных последствий запрещения должнику совершения определенных действий. Необходимо применить меру только в той степени, которая необходимо и достаточна для гарантии исполнимости решения или предотвращения причинения существенного ущерба заявителю.

Для иллюстрации вышесказанного хотели бы поделиться следующим примером из своей практики. Истец, подав иск в МТС ТПП о взыскании суммы долга с крупного производственного предприятия, обратился с заявлением в компетентный суд за принятием мер по обеспечению иска, которое было удовлетворено. В результате был арестован

банковский счет предприятия, без указания суммы, которая была бы соразмерна сумме требований истца. Такой подход компетентного суда и истца чреват значительным ущербом хозяйственной деятельности ответчика, ввиду заморозки его денежных активов, и соответственно последующими исками о его возмещении.

- отвечают ли запрашиваемые стороной меры *целям третейского разбирательства*

При рассмотрении заявления о принятии обеспечительных мер суду надлежит исследовать вопрос о том, соответствует ли по своему содержанию обеспечительная мера заявленным истцом (заявителем) материально-правовым требованиям. Обеспечительная мера должна основываться на заявленном основном требовании, но не должна выходить за рамки этих основных требований.

К примеру, в практике рассмотрения дела в МТС ТПП был случай, когда истец заявил ходатайство о принятии мер по обеспечению иска, в котором просил ограничить выезд за пределы Кыргызстана дочь ответчика, которая представляла в третейском разбирательстве интересы ответчика по доверенности. В обоснование своего заявления истец указал, что на данный момент ответчик находится в Российской Федерации вместе с остальными своим детьми и в Кыргызстане находится лишь дочь ответчика, которая и представляет интересы своей матери в МТС ТПП. Но в любой момент дочь ответчика тоже может покинуть пределы Кыргызстана, что значительно затруднит исполнение решения. В удовлетворении ходатайства было отказано, так как дочь ответчика не является стороной по делу, а лишь представляет интересы своей матери в соответствии с доверенностью.

Что касается самой меры, о которой просил истец, то приведем другой пример, когда истец подал аналогичное заявление, но только в отношении самого ответчика. Состав арбитража решил отказать в его удовлетворении ввиду того, что меры по обеспечению иска могут налагаться именно в отношении предмета спора, но не могут касаться нематериальных благ ответчика, к которым относится его право на свободное передвижение, в том числе за пределы страны.

- решение о принятии стороной мер *не должно подменять собой основное решение по делу.*

Одним из критериев соответствия принятых обеспечительных мер тем целям, которые они обеспечивают, является то, что они не должны подменять рассмотрения основного требования по существу.

Например, истец просит наложить запрет на производство сельскохозяйственных работ на спорном земельном участке. При удовлетворении заявления фактически будет

достигнута материально-правовая и экономическая цель, побудившая истца подать иск, а именно устранение ответчика от пользования участком. То есть в результате принятия обеспечительных мер фактически могут установиться правовые последствия, которые бы возникли в случае удовлетворения основного требования.

- решение не должно ущемлять *права и интересы третьих лиц*, не являющихся сторонами по делу. В случае, если сторона подает такое заявление, то оно не подлежит удовлетворению.

При удовлетворении заявленных обеспечительных мер необходимо сохранить баланс интересов сторон до разрешения спора по существу и существующее положение сторон, поскольку смыслом обеспечительных мер является защита интересов заявителя, а не лишение другого лица права и возможности осуществлять свою деятельность.

Срок рассмотрения такой просьбы третейским судом в Регламенте МТС ТПП не установлен, но он может быть оговорен сторонами в третейском соглашении. По общему правилу предполагается, что третейский суд разрешит просьбу стороны в разумный срок.

Относительно порядка рассмотрения просьбы, то в Регламенте МТС ТПП установлено, что меры по обеспечению иска применяются в результате принятия судом промежуточного решения. Так, ст.44.2. Регламента МТС ТПП предусматривает, что третейский суд вправе выносить промежуточные решения, к которым относятся решения о принятии мер по обеспечению иска.

При вынесении промежуточного решения в более сжатой форме необходимо придерживаться порядка вынесения основного решения, а значит, указать:

- наименование акта – промежуточное решение;
- дату, место и время принятия решения, состав третейского суда;
- наименование сторон, секретаря и иных лиц, участвовавших на слушаниях в день вынесения промежуточного решения;
- обстоятельства дела, ввиду которых возникла необходимость принятия промежуточного решения, включая краткое изложение заявления стороны, которое явилось основанием для вынесения данного акта. Доводы сторон и доказательства, на которые они ссылаются;
- мотивировочная часть, в которой третейский суд излагает свои выводы со ссылкой на соответствующие нормативные правовые акты и доказательства;
- содержание принятого решения, подписи арбитров и печать третейского суда.

Также необходимо отметить, что наличие у третейского суда права принимать промежуточное решение об обеспечительных мерах, в принципе, не исключает возможности

его принудительного исполнения путем получения в компетентном суде исполнительного листа. Такой механизм законодательство не исключило, что закреплено в п.36.2 ст36 Регламента МТС ТПП, хотя его реализация на практике маловероятна и, надо признать, бессмысленна.

Безусловно, в таких условиях возникает вопрос о возможных мерах воздействия на сторону, которая, несмотря на наличие промежуточного решения о принятии ею мер по обеспечению иска, не исполняет его. Ни закон, ни Регламент МТС ТПП механизма принуждения и принятия мер по отношению к недобросовестной стороне не содержит. Вместе с тем, ст.7 Регламента МТС ТПП предусматривает запрет на злоупотребление правом, что вполне охватывает и случай неисполнения промежуточного решения МТС. Пункт 7.2. ст.7 Регламента МТС ТПП дает право составу третейского суда возложить на виновное лицо дополнительных издержек, понесенных другой стороной или судом в связи со злоупотреблением правом. Применение на практике этого механизма, насколько нам известно, еще не отработано. Но факт наличия такого права у суда дает нам возможность полагать, что единственной мерой воздействия может являться «наказание рублем» недобросовестной стороны. В соответствии с п.7 Положения «Об арбитражных расходах и сборах МТС при ТПП КР» состав арбитража вправе возложить на стороны аванс на покрытие дополнительных расходов МТС. В силу п.2 ст.22 Закона о третейских судах имеется возможность потребовать от стороны, заявляющей соответствующее ходатайство, обеспечения расходов по осуществлению мер обеспечения иска.

УЧАСТИЕ ТРЕТЬИХ ЛИЦ В ТРЕТЕЙСКОМ РАЗБИРАТЕЛЬСТВЕ

Соломаха Валентина Николаевна

арбитр МТС ТПП

Вопрос о допустимости участия в третейском разбирательстве третьих лиц имеет большое практическое значение.

В Законе о третейских судах в нет упоминания о третьих лицах, как участниках третейского разбирательства. В ст.2 данного закона дается понятие лишь сторон – истца и ответчика. И это объясняется тем, что третейское соглашение (арбитражная оговорка), являющаяся необходимым условием начала третейского разбирательства, заключается именно между сторонами спорного правоотношения. Тогда как третьи лица, как правило, являются участниками не спорного правоотношения, а связанных с ним правоотношений, и в связи с этим действие третейского соглашения на них не распространяется.

Однако участие третьих лиц в третейском разбирательстве в отдельных случаях может быть объективно вызвано необходимостью правильного и полного рассмотрения дела, и в связи с этим, является следствием принципа законности третейского разбирательства.

Статьи 4 и 16 Закона о третейских судах определяют, что порядок деятельности постоянно действующих третейских судов и порядок третейского разбирательства в них осуществляется по применимым правилам этого третейского суда, если иное не установлено соглашением сторон. Применимые правила, это правила, положения, регламенты и иные документы постоянно действующего третейского суда (ст.2 закона).

Учитывая необходимость в отдельных случаях привлечения к участию в третейском разбирательстве третьих лиц, Регламент постоянно действующего МТС ТПП предоставляет такую возможность составу третейского суда.

Статья 5 Регламента МТС ТПП к лицам, участвующим в третейском разбирательстве, относит стороны (истец и ответчик), а также третьих лиц. При этом в Регламенте не дается понятия третьих лиц и не уточняется, какие именно третьи лица – заявляющие самостоятельные требования относительно предмета спора или не заявляющие таких требований - имеются в виду. На наш взгляд, следует согласиться с мнением ученых правоведов о том, что смыслом такой формулировки охватываются третьи лица обеих разновидностей⁶⁴.

Понятие третьих лиц содержится в гражданском процессуальном законодательстве

⁶⁴ Мусин В.А. Третьи лица в третейском суде - <http://ppt/ru/news/60662> - стр.1

Кыргызской Республики. Согласно ст.44 ГПК КР третьи лица, заявляющие самостоятельные требования на предмет спора, могут вступить в процесс до вынесения решения по делу судом первой инстанции путем предъявления иска к одной или обеим сторонам. Они пользуются всеми правами и несут все обязанности истца.

В соответствии со ст.45 ГПК КР третьи лица, не заявляющие самостоятельных требований на предмет спора, могут вступить в процесс на стороне истца или ответчика до вынесения судом первой инстанции решения по делу, если оно может повлиять на их права или обязанности по отношению к одной из сторон. Они могут быть привлечены к участию в деле также по ходатайству лиц, участвующих в деле, или по инициативе суда.

Третьи лица, не заявляющие самостоятельных требований, пользуются процессуальными правами и несут процессуальные обязанности стороны, кроме права на изменение основания и предмета иска, увеличение или уменьшение размера исковых требований, отказ от иска, признание иска, заключение мирового соглашения, предъявление встречного иска, требование принудительного исполнения решения суда.

Однако, как указывалось выше, действие третейского соглашения распространяется только на лиц, между которыми оно заключено, и не действует в отношении третьих лиц. Поэтому характер отношений третьих лиц и сторон третейского разбирательства имеет существенные отличия от их отношений в государственном суде.

Статья 41 Регламента МТС ТПП определяет условия участия в третейском разбирательстве третьих лиц:

- Во-первых, вступление в третейское разбирательство третьего лица допускается только *с согласия спорящих сторон.*
- Во-вторых, для привлечения к разбирательству третьего лица необходимо также *согласие в письменной форме самого привлекаемого лица.*
- В третьих, заявление ходатайства о привлечении третьего лица допускается только *до начала рассмотрения дела по существу,* тогда как в государственном суде третье лицо вправе вступить в процесс до вынесения решения судом.

Ограничения, установленные Регламентом МТС ТПП, к участию третьих лиц в третейском разбирательстве объясняются не только наличием третейского соглашения между сторонами спора, но и принципом конфиденциальности, установленным ст.19 Закона о третейских судах и ст.14 Регламента МТС ТПП. Этим объясняется возможность привлечения к участию в деле третьих лиц только с согласия обеих сторон. Если даже такая инициатива исходит от суда, то без согласия третьего лица и/или без согласия одной из

сторон, третье лицо не может быть привлечено к участию в деле.

Стороны, не желающие участия третьих лиц в третейском процессе, должны понимать, что впоследствии они могут иметь трудности с предъявлением регрессного иска. В случае же нарушения прав третьего лица с самостоятельными требованиями в отношении предмета спора (к примеру, в отношении недвижимого имущества, находящегося в общей собственности) оно вправе защитить свое право, нарушенное решением третейского суда, в государственном суде.

При этом следует иметь в виду, что решения третейского суда *не имеют преюдициального значения*. На практике это означает, что решение третейского суда, в отличие от решения государственного суда, обязательной силы для третьих лиц иметь не может и не создает для них прав и обязанностей. Оно обязательно лишь для сторон, заключивших третейское соглашение. Обстоятельства, установленные решением третейского суда, не могут быть приняты во внимание другим судом и подлежат повторному доказыванию. Так, ст.70 ГПК КР не предусматривает, что обстоятельства, установленные решением третейского суда не подлежат повторному доказыванию.

В соответствии с п.2.2. ст.2 Регламента МТС ТПП задачей МТС ТПП является оказание помощи юридическим и физическим лицам во внесудебном разрешении возникающих между ними споров, вытекающих из гражданских правоотношений при условии, что имеется третейское соглашение (арбитражная оговорка), предоставляющее ему соответствующую компетенцию.

С учетом этого состав третейского суда в случае отказа сторон (стороны) от привлечения к участию в деле третьего лица, обязан разъяснить им правовые и процессуальные последствия, с которыми они могут столкнуться при принудительном исполнении решения суда и предъявлении регрессного иска.

В случае отказа сторон, либо самого третьего лица от участия в третейском разбирательстве, третейский суд, с целью принятия законного и обоснованного решения, вправе потребовать от сторон предоставления дополнительных доказательств (ст.23 Закона о третейских судах, ст.40 Регламента МТС ТПП), а также опросить третье лицо в качестве свидетеля независимо от возражения сторон. Свидетельские показания такого лица могут укрепить доказательственную базу и тем самым способствовать вынесению третейским судом решения по спору с учетом всех ставших известными арбитрам обстоятельств дела. Однако, при отказе третьего лица от участия в процессе, как суд, так и стороны могут столкнуться со следующей проблемой. Если третье лицо отказалось принять участие в третейском разбирательстве, оно может не явиться в суд и в качестве свидетеля, а принять

меры принудительного характера к свидетелю третейский суд не вправе.

Для защиты нарушенного решением третейского суда права третьего лица, не являющегося стороной третейского разбирательства и не принимавшего в нем участия, может использоваться процедура выдачи исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда.

Третейский суд, приняв решение, нарушающее права третьего лица, в частности заявляющего самостоятельные требования относительно предмета спора, этим самым может выйти за пределы третейского соглашения, заключенного между сторонами спора.

В соответствии с пп.4 п.1 ст.421 ГПК КР от 25 января 2017 года, вступившего в законную силу 1 июля 2017 года, в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда может быть отказано, если решение третейского суда принято по спору не предусмотренному соглашением сторон или не подпадающему под его условия или содержит указания по вопросам, выходящим за пределы соглашения.

Причем, если согласно п.3 ст.424 ГПК КР от 29 декабря 1999 года третейский суд, в случае отказа в выдаче исполнительного листа по указанному основанию, обязан был провести повторное третейское разбирательство, то согласно п.4 ст.422 новой редакции ГПК КР отказ в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда по вышеуказанному основанию не препятствует сторонам третейского разбирательства обратиться в суд по правилам, предусмотренным настоящим Кодексом, т.е. в государственный суд. С учетом препятствий, имеющих в третейском разбирательстве по привлечению третьего лица к участию в третейском процессе, это положение нового ГПК является обоснованным. Представляется, что положение ст.41 Регламента МТС ТПП о том, что заявление ходатайства о привлечении третьего лица допускается *только до начала рассмотрения дела по существу*, не способствует принятию третейским судом законного и обоснованного решения.

Из поданного в третейский суд искового заявления и приложенных к нему документов не всегда усматривается необходимость привлечения третьего лица к участию в деле. Такая необходимость может возникнуть при рассмотрении дела по существу. Кроме того, третье лицо с самостоятельными требованиями относительно предмета спора может узнать о споре, которым затрагиваются и его права, также в ходе рассмотрения дела по существу. Но вступить в третейский процесс, даже при наличии согласия сторон, с учетом указанного положения ст.41 Регламента, оно не имеет права.

В связи с этим полагаю целесообразным внести в ст.41 Регламента МТС ТПП изменения, предоставляющие право сторонам и третьим лицам на заявление ходатайства о

привлечении третьего лица до вынесения третейским судом решения, что будет способствовать выяснению всех обстоятельств по делу и принятию законного и обоснованного решения.

Рассмотрим отношения сторон и третьего лица с самостоятельными требованиями в случае участия этого лица в третейском разбирательстве.

По мнению доктора юридических наук, профессора Мусина В.А. вступление третьего лица, заявляющего самостоятельные требования относительно предмета спора, в третейский процесс с согласия сторон путем предъявления иска к одной или обеим сторонам означает, что третье лицо присоединяется к третейскому соглашению в качестве его участника, *подчиняясь тем самым юрисдикции третейского суда*⁶⁵. (2)

Полагаю, что с таким мнением нельзя не согласиться, поскольку Регламент МТС ТПП, относя третьих лиц к лицам, участвующим в третейском разбирательстве, в ст.6 Регламента предоставляет им все права, которые имеют стороны: знакомиться с материалами дела, делать выписки, снимать за свой счет копии; заявлять отводы арбитрам, экспертам, переводчикам; представлять доказательства и участвовать в их исследовании; задавать вопросы другим лицам, участвующим в третейском разбирательстве, свидетелям, экспертам и специалистам; заявлять ходатайства, в том числе об истребовании дополнительных доказательств; давать устные и письменные объяснения третейскому суду; приводить свои доводы по всем вопросам, возникающим в ходе третейского разбирательства; участвовать в прениях; знакомиться с протоколом заседания третейского суда и подавать письменные замечания к нему.

⁶⁵ Мусин В.А. Указ.соч

ЭКСПЕРТИЗА КАК СРЕДСТВО ДОКАЗЫВАНИЯ В ТРЕТЕЙСКОМ РАЗБИРАТЕЛЬСТВЕ

Джумабаева Чолпон Замирбековна

*арбитр МТС ТПП,
адвокат, директор ОсОО «Консалтинг Корпорейшн»*

В ходе третейского разбирательства важной частью является процесс доказывания. От качества и уровня проведения процесса доказывания зависит установление обстоятельств, имеющих значение для дела, и, соответственно разрешение спора по существу. В отличие от обычного доказывания, доказывание в третейском разбирательстве строится не только на логике, но и на процессуальных нормах, которые регламентируют процесс доказывания. Цель доказывания для третейского суда – это гарантия достижения третейским судом знаний для вынесения законного и обоснованного решения, установление наличия или отсутствия действительных обстоятельств, которые имеют отношение к делу и значимы при вынесении решения. Для стороны спора доказывание в третейском разбирательстве направлено на достижение цели - убедить суд в обоснованности своих доводов. В ходе третейского разбирательства часто стороны предоставляют информацию, которая противоречит друг другу и тогда у суда возникает сложная задача - изучение и определение информации с наиболее высокой степенью достоверности и более того, при оценке доказательств, третейский суд ограничен процессуальными нормами.

Особенности экспертизы в третейском разбирательстве. Одним из наиболее эффективных способов получения информации о фактических обстоятельствах дела является проведение экспертизы. Порядок назначения экспертизы в рамках третейского разбирательства имеет некоторые отличия. Так, при назначении экспертизы третейский суд, в отличие от государственного суда, не связан и не ограничен нормами законодательства о судебной-экспертной деятельности. Третейский суд при назначении экспертизы вправе выбрать не только государственное учреждение, но и привлечь частную структуру (частное лицо) в качестве экспертной организации (эксперта). Назначение и проведение экспертизы установлены Законом о третейских судах. В частности, нормы вышеупомянутого закона предусматривают, что при отсутствии иного соглашения сторон третейский суд может пригласить специалиста или назначить экспертизу для разъяснения возникающих при разрешении спора вопросов, требующих специальных познаний в какой-либо области. Таким образом, назначение экспертизы в третейском разбирательстве не является обязательным,

она назначается по усмотрению третейского суда, по ходатайству сторон или при наличии спора и противоречащих друг другу документов, сведений или иной информации.

Процессуальная форма назначения экспертизы - вынесение *письменного определения*. При рассмотрении вопроса о назначении экспертизы, третейский суд разрешает следующие вопросы:

- возможность проведения экспертизы данной экспертной организацией,
- изучает документы о компетенции экспертной организации,
- наличие специалистов в данной экспертной организации,
- сроки проведения экспертизы,
- стоимость проведения экспертизы,
- перечень документов и материалов, образцов для экспертного исследования,
- согласие сторон на авансирование расходов на экспертизу,
- запрашивает мнение сторон об экспертной организации, о вопросах, которые надлежит поставить перед экспертами и другие вопросы.

Если стороны не договорились об ином, эксперт и вопросы, подлежащие рассмотрению, определяются третейским судом *с учетом мнения сторон*. При отсутствии обоюдного соглашения сторон третейский суд, по своему усмотрению определяет экспертное учреждение и вопросы, которые следует поставить перед экспертом. Третейский суд должен выслушать мнения сторон, но мнение каждой из сторон по этим вопросам не является для третейского суда определяющим. Заключение эксперта, как и любые другие доказательства, оцениваются третейским судом по своему внутреннему убеждению в совокупности со всеми иными доказательствами по делу. Заключение эксперта подлежит оценке наряду с другими доказательствами, так как никакие доказательства не имеют заранее установленной силы.

Важно отметить, что действующее законодательство не предусматривает и не регулирует *ответственность эксперта* при выдаче экспертного заключения в рамках третейского разбирательства за дачу заведомо ложного заключения. Такая ответственность предусмотрена при проведении экспертиз в рамках судебных разбирательств в государственных судах.

При необходимости третейский суд вправе вызвать эксперта принять участие в третейском разбирательстве, чтобы стороны и третейский суд имели возможность задавать эксперту вопросы, связанные с проведением экспертизы. Таким образом, явка эксперта становится необходимой при условии, что об этом просит любая из сторон третейского разбирательства или третейский суд посчитает это необходимым. После получения

экспертного заключения третейский суд обязан направить его сторонам третейского разбирательства для изучения.

Экспертиза в государственном экспертном учреждении. Зачастую в третейском разбирательстве стороны ходатайствуют о проведении экспертизы в государственной экспертной организации - *Государственном центре судебных экспертиз при Министерстве юстиции Кыргызской Республики*, мотивируя это большим опытом экспертов, поскольку государственный статус экспертного учреждения вызывает больше доверия у сторон. Однако третейский суд при направлении дел в данное учреждение получает официальное письменное разъяснение о невозможности проведения экспертиз по определениям третейского суда со следующей мотивировкой. Согласно законодательству Кыргызской Республики о судебно-экспертной деятельности, основаниями для производства судебной экспертизы являются постановление (определение) о назначении судебной экспертизы, вынесенное в соответствии с процессуальным законодательством КР⁶⁶. Руководствуясь данной нормой, Государственный центр судебных экспертиз при Министерстве юстиции КР, являясь на сегодняшний день единственной государственной экспертной структурой, не проводит экспертизы по определениям МТС ТПП. В этой связи, при назначении экспертиз в рамках третейского разбирательства, третейский суд вынужден назначать в качестве экспертной организации негосударственные экспертные организации.

Требования к кандидатуре эксперта. Закон четко не оговаривает требований к кандидатуре эксперта (группе экспертов). Представляется, что эксперт должен обладать специальными познаниями, позволяющими ему дать значимое для разрешения дела заключение. Он должен быть беспристрастным, независимым от сторон и не быть заинтересованным в исходе дела. Логично, что эксперт не может состоять в штате организации, которая является истцом или ответчиком. Также эксперт не может быть родственником одного из участников третейского разбирательства. Таким образом, перед третейским судом стоит нелегкая задача, определить отвечает ли эксперт вышеуказанным требованиям.

Стороны могут представить в суд заключение эксперта самостоятельно, так как закон дает возможность любому физическому или юридическому лицу инициировать проведение экспертизы в государственной или иной экспертной организации. Возможны два варианта представления заключения: самостоятельно по собственной инициативе или же в качестве альтернативного при уже назначенной экспертизе. При этом, третейский суд рассматривает

⁶⁶ Статья 24 Закона Кыргызской Республики «О судебно-экспертной деятельности» от 24 июня 2013 года N 100

представленное стороной заключение как доказательство доводов стороны, а при предоставлении альтернативного заключения в случае существенных расхождений с выводами экспертизы, назначенной третейским судом, это может стать основанием для назначении дополнительных или повторных экспертиз.

Виды экспертиз в третейском разбирательстве. Оценочная экспертиза. В ходе третейского разбирательства возможны различные виды экспертиз, что и в государственных судах с учетом предметной компетенции третейского суда, когда отдельные категории дел правомочны рассматривать только государственные суды, и, следовательно, какие-то виды экспертиз в третейском суде невозможны по определению. Но на практике наиболее распространёнными являются такие виды экспертиз, как оценочная экспертиза по определению начальной (стартовой) цены залогового имущества (далее - оценочная экспертиза), экономическая экспертиза, строительно-техническая экспертиза.

Хотелось бы в рамках данной статьи остановиться на особенностях оценочной экспертизы. Перед третейским судом нередко ставится вопрос об обращении взыскания на заложенное имущество с определением начальной (стартовой) продажной стоимости. Даже если истец не инициирует этот вопрос, обязанность определить в рамках рассмотрения требования об обращении взыскания на заложенное имущество начальную (стартовую) продажную цену предмета залога регламентирована ст.63 Закона о залоге. Она определяется на основе соглашения залогодателя с залогодержателем, а в случае спора - самим судом на основе заключения независимого оценщика.

Согласно данной норме, суд назначает оценочную экспертизу *при наличии спора*. Возникает вопрос, наличие спора подтверждается лишь устным выражением сторонами или несогласной стороной должны быть представлены письменные документы о неадекватности произведенной ранее оценки. По данному вопросу нет единообразного подхода. Так как императивно не закреплено обязанность стороны в качестве подтверждения наличия спора предоставлять письменные или иные доказательства, стороны третейского разбирательства высказывают мнение о том, что выраженное даже в устной форме несогласие с ранее проведенной оценкой является подтверждением спора между сторонами по вопросу оценки и просят суд назначить экспертизу.

По данному вопросу у меня, как у арбитра сложилась такая позиция. Согласно ст.23 Закона о третейских судах, *каждая из сторон должна доказать те обстоятельства, на которые она ссылается как на обоснование своих требований и возражений*. Следуя данной норме, сторона, которая заявила о наличии спора между сторонами по вопросу оценки предмета залога, должна представить доказательства того, что залог оценен неверно. Только

изучив представленные доказательства и усмотрев, что действительно оценка залога неправильная и нарушает права той или иной стороны, арбитр должен назначать экспертизу, так как назначение экспертизы влечет за собой приостановление третейского разбирательства и возможность для стороны, которая преследует цель необоснованно затянуть сроки третейского разбирательства.

Кроме того, на законодательном уровне отсутствует понятие «*начальная (стартовая) продажная цена*». Согласно утвержденным постановлением Правительства КР от 3 апреля 2006 года №217 Стандартов оценки имущества, обязательных к применению всеми субъектами оценочной деятельности в Кыргызской Республике, существуют такие виды стоимости как рыночная, потребительская, специальная, инвестиционная, ликвидационная, страховая, утилизационная, стоимость замещения, остаточная стоимость, стоимость воссоздания, восстановительная, залоговая стоимость. Принимая во внимание, что законом предусмотрена обязанность суда определять начальную (стартовую) продажную цену предмета залога важно предусмотреть данный вид стоимости и определить механизмы оценки. При этом, понятно, что цель оценочной экспертизы выявление наиболее вероятной стоимости, по которой объект оценки может быть отчужден на открытом рынке в условиях большой конкуренции и иных обстоятельствах. Несовершенство законодательства в этой области оказывает существенное влияние на реализацию заложенного имущества (фактически не удается реализовать), что в свою очередь ставит залогодержателя в крайне невыгодную позицию по работе с заложенным имуществом и причиняет значительные убытки.

На практике начальная продажная цена зачастую устанавливается в размере либо рыночной, либо залоговой стоимости. Стандарты оценки имущества определяют *залоговую стоимость* как стоимость имущества в обеспечение кредита, а *рыночную стоимость* в качестве расчетной денежной суммы, за которую состоялся бы обмен имущества на дату оценки между готовым купить покупателем и готовым продать продавцом в коммерческой сделке после должного маркетинга, во время которой каждая из сторон действовала компетентно, расчетливо и без принуждения. При этом, как указывалось выше, в законодательных актах не содержится понятие «начальная стартовая цена», однако, очевидно, что она не идентична ни залоговой, ни рыночной стоимости. Ведь стартовая цена, по сути, - минимальная цена, установленная за собственность, выставляемую на аукцион или на открытую продажу. Таким образом, на мой взгляд, ошибочна позиция, когда начальная (стартовая) цена определяется в размере рыночной стоимости, так как под рыночной ценой подразумевается коммерческая цена за товар, который не обременен никакими притязаниями

и иными обстоятельствами, который препятствуют свободному владению, пользованию и распоряжению имуществом. Принимая во внимание, что имущество, в отношении которого эксперт определяет «начальную стартовую стоимость» зачастую является «проблемным» (например, в жилом доме проживают люди, которых необходимо выселить или залогодатель и члены его семьи препятствуют реализации имущества и другие обстоятельства, которые делают имущество «непривлекательным» с точки зрения свободного обращения на рынке), начальная стартовая стоимость должна быть ниже рыночной и, как правило, при проведении торгов начальная стартовая стоимость должна иметь свойство роста. Для решения данного вопроса, на мой взгляд, необходимо в Стандартах прямо прописать, во-первых, понятие начальной (стартовой) цены, во-вторых, определить методику определения начальной стартовой цены, которая, на мой взгляд, однозначно должна быть ниже рыночной на законодательно установленный процент. Так, согласно российской практике, если начальная продажная цена заложенного имущества определяется на основании отчета оценщика, она устанавливается равной *восемидесяти процентам рыночной стоимости* такого имущества, определенной в отчете оценщика⁶⁷. Наличие аналогичной нормы в законодательстве КР, позволит определять справедливую начальную стартовую цену предмета залога.

Приостановление третейского разбирательства. Риски затягивания сроков.

Таким образом, для вынесения объективного решения необходимо часто применять такой механизм как назначение экспертиз, так как в настоящее время имеются широкие возможности методик экспертных исследований. Однако, есть случаи, когда назначение экспертизы является способом *затягивания рассмотрения спора*, так как является основанием для приостановления производства по делу, чего иногда добиваются недобросовестные участники процесса. В этой связи, каждый спор, рассматриваемый третейским судом, носит индивидуальный характер, и, следовательно, третейский суд при назначении экспертизы учитывает все обстоятельства дела.

Принимая во внимание, особенность третейского разбирательства, когда дело должно быть рассмотрено в строго регламентированные сроки, очень важно проведение экспертизы в короткие сроки. При этом, ни одним актом такие сроки не установлены. Как указано выше, третейской разбирательство приостанавливается на неопределенный срок, то есть на срок проведения экспертизы по делу. Неурегулированность сроков проведения экспертизы влечет за собой затягивание рассмотрение дела. В этой, связи считаю, что будет целесообразно определить сроки производства экспертизы. Принимая во внимание, что при третейских

⁶⁷ Статья.54 Закона Российской Федерации «Об ипотеке (залоге недвижимости)» от 16 июля 1998 года N 102-ФЗ

разбирательствах привлекаются негосударственные структуры, третейский суд вправе частным экспертным структурам *обозначать сроки проведения экспертизы*.

На практика часты случаи, когда сторона, заинтересованная в затягивании экспертизы и третейского разбирательства в целом учиняет препятствия в проведении экспертизы путем непредставления документов или доступа к объекту оценки. Зачастую причиной затягивания процесса экспертизы может служить и невыполнение стороной обязанность авансировать проведение экспертизы. Во избежание подобных ситуаций, целесообразно указывать в определении третейского суда своего рода график совершения действий, включая сроки оплаты услуг эксперта, сроки предоставления документов, обеспечения доступа к исследуемому объекту. Такая конкретизация дисциплинирует стороны, а также позволит рассмотрению дела завершиться в установленные регламентами сроки.

**НАЗНАЧЕНИЕ ЭКСПЕРТИЗЫ ПРИ ОПРЕДЕЛЕНИИ НАЧАЛЬНОЙ (СТАРТОВОЙ)
СТОИМОСТИ ПРЕДМЕТА ЗАЛОГА В ТРЕТЕЙСКОМ РАЗБИРАТЕЛЬСТВЕ:
ВОПРОС О НАЛИЧИИ СПОРА МЕЖДУ ЗАЛОГОДАТЕЛЕМ И
ЗАЛОГОДЕРЖАТЕЛЕМ**

Иманова Салтанат Султановна

арбитр МТС ТПП

В последние годы в МТС ТПП участились случаи, когда заемщики (ответчики) стали регулярно заявлять ходатайства о назначении экспертизы для определения начальной (стартовой) стоимости предмета залога, поскольку, по их мнению, стоимость заложенного имущества, оцененная сторонами ранее, гораздо ниже стоимости, по которой можно реализовать предмет залога при обращении взыскания.

В обоснование своих доводов заемщики и/или их представители ссылаются на п.4 ст.63 Закона о залоге, где указано, что помимо общих вопросов, предусмотренных процессуальным законодательством Кыргызской Республики, при рассмотрении дела об обращении взыскания на предмет залога суд должен определить и указать в решении начальную (стартовую) продажную цену предмета залога при его реализации, которая определяется на основе соглашения залогодателя с залогодержателем, а в случае спора - самим судом на основе заключения независимого оценщика и на п.3 ст.336 ГК КР, где указано, что начальная (стартовая) продажная цена заложенного имущества, с которой начинаются торги, определяется соглашением залогодержателя с залогодателем или по решению суда.

При этом практически во всех случаях третейский суд удовлетворяет ходатайства заемщиков и назначает экспертизу для определения начальной стартовой стоимости предмета залога, чтобы в последующем указать в решении стоимость, изучив все необходимые материалы.

Никто не ставит под сомнение правомерность назначения арбитрами экспертизы, в случаях, если стороны обосновали и убедили третейский суд в необходимости ее проведения, представив соответствующие доказательства и аргументы. Тем более, что ст.40 Регламента МТС ТПП позволяет составу третейского суда по своему усмотрению назначить проведение экспертизы, при этом проверка доказательств производится способом, устанавливаемым самим составом третейского суда, а оценка доказательств осуществляется арбитрами по их внутреннему убеждению.

Между тем, особо хотелось бы остановиться на том, что же подразумевает под собой *наличие спора*, о котором говорится в п.4 ст.63 Закона о залоге, поскольку за основу при назначении экспертизы арбитры берут именно это обстоятельство.

Согласно сложившейся практике у арбитров МТС ТПП сформирована позиция, что, если подается ходатайство о назначении экспертизы в части установления начальной (стартовой) стоимости ввиду несогласия с размером установленной стоимости, то это уже само по себе является *наличием спора*, поскольку сторона выражает свое несогласие со стоимостью залогового имущества, которая была согласована ранее.

Между тем, хотелось бы обратить внимание на то, что в том же п.4 ст.63 Закона о залоге предусматривается два случая, когда суд определяет и указывает в решении стартовую продажную цену, это, прежде всего, на основе соглашения залогодателя с залогодержателем и только в случае спора - самим судом на основе заключения независимого оценщика».

В большинстве своем банки Кыргызской Республики, микрофинансовые и микрокредитные организации, которые подают иски в МТС ТПП в обеспечение выдаваемых кредитов заключают договора залога (ипотеки), в которых отдельным пунктом уже определена стартовая стоимость предмета залога, более того, нередки случаи, когда между сторонами заключаются отдельные соглашения об установлении стоимости заложенного имущества и именно эта сумма определена на основе соглашения залогодателя с залогодержателем.

Тогда насколько правомерно назначать оценочную экспертизу при наличии соглашения сторон о начальной (стартовой) стоимости имущества, четко зафиксированного в договоре залога или соглашения отдельным пунктом?

Поскольку число случаев подачи ходатайств о назначении экспертизы по причине несогласия заемщиков и их представителей с размером установленной стартовой стоимости при реализации предмета залога значительно возросло, я обратила внимание, что в одном случае на самом деле приводятся весомые аргументы или выясняются обстоятельства, при которых необходимо назначить экспертизу (например, отсутствие соглашения по цене, согласие обеих сторон провести экспертизу и т.д.), а в других случаях, и они, к сожалению, участились, некоторые ответчики стали использовать данный аргумент еще и для затягивания сроков третейского разбирательства.

В данной статье мне бы хотелось остановиться подробнее на обстоятельствах, при которых, третейский суд вправе отказать в проведении экспертизы.

Так в одном из рассмотренных мной в составе арбитража дел, представитель заемщика заявил ходатайство о назначении экспертизы и привел лишь один устный аргумент о том, что со времени заключения договора ипотеки стоимость залога значительно выросла, при этом даже не было приведено ни одного подтверждающего данный аргумент доказательства.

Но, прежде всего, в настоящей статье, хотелось обратить внимание еще и на то, на то, что при заключении договора залога (ипотеки) стороны практически всегда указывают начальную (стартовую) продажную цену предмета залога в случае его реализации. При этом в этом же договоре имеется арбитражная оговорка, согласно которой споры, в том числе и о занижении начальной (стартовой) продажной цены предмета залога возникают из договора ипотеки, а, следовательно, подлежат разрешению в МТС ТПП.

В этом случае согласно Регламенту МТС ТПП, если между сторонами возникает спор, то третейское разбирательство должно начинаться подачей искового заявления в МТС ТПП, то есть, если ответчики не согласны со стоимостью предмета залога, то они вправе подать отдельное исковое заявление об оспаривании условий установления цены предмета залога, либо вправе предъявить встречный иск, вытекающий из того же договора, либо заявить встречные требования, вытекающие из того же договора, в целях зачета.

В противном случае условия договора об ипотеке, в частности пункт, содержащий сумму начальной (стартовой) продажной цены предмета залога на момент проведения разбирательства является действительным и имеет юридическую силу. Следовательно, на мой взгляд, у арбитров нет оснований для назначения экспертизы на предмет определения первоначальной рыночной стоимости заложенного имущества.

Данный подход был дважды применен в третейском разбирательстве составами арбитража, в которых я имела честь арбитровать.

В обоих случаях представителем ответчиков было заявлено ходатайство о назначении судебной экспертизы на предмет определения первоначальной рыночной стоимости заложенного имущества. При этом в одном случае к ходатайству был приложен краткий отчет об оценке объекта недвижимости независимого оценщика, а во втором случае, приведенном выше вообще не было представлено никаких доказательств.

В первом случае, в обоснование заявления о назначении экспертизы представитель ответчиков указал, что в договоре об ипотеке начальная (стартовая) цена заложенного имущества занижена, стоимость оценки согласно отчета об оценке значительно выше.

Состав арбитров отказал в удовлетворении заявления о назначении судебной экспертизы на предмет определения стартовой стоимости заложенного имущества, в связи с

тем, что залогодатель с залогодержателем уже определили начальную (стартовую) продажную цену предмета залога при его реализации на основе соглашения в соответствующих пунктах договора об ипотеке, мотивируя свой отказ тем, что стороны включили арбитражную оговорку в договор об ипотеке.

Состав арбитров подчеркнул, что ответчик также вправе предъявить встречный иск, вытекающий из того же договора либо заявить встречные требования, вытекающие из того же договора, в целях зачета. Представитель ответчиков не представил составу арбитров доказательств, свидетельствующих об инициировании третейского разбирательства путем предъявления иска об оспаривании условий об установлении начальной стартовой стоимости предмета залога либо о подаче встречного иска об оспаривании условий договора об ипотеке. При указанных выше обстоятельствах, состав арбитров посчитал, что условия о согласовании начальной стартовой цены договора об ипотеке на момент разбирательства являются действительными и имеют юридическую силу.

Таким образом, *наличие спора*, о котором говорится в п.4 ст.63 Закона о залоге включает, в том числе, но не ограничиваясь:

1. Отсутствие соглашения между сторонами об установлении первоначальной (стартовой) стоимости предмета залога, либо;
2. Признание такого соглашения ничтожным/недействительным;
3. Предъявление иска об оспаривании условий об установлении начальной стартовой стоимости предмета залога, или
4. Предъявление встречного иска в рамках оспариваемого договора.

Если таких обстоятельств нет, на мой взгляд, у арбитров есть все основания не назначать проведение экспертизы для определения начальной (стартовой) продажной цены предмета залога при его реализации.

Обосновывая вышеизложенную позицию я и мои коллеги по составу, исходили, прежде всего, из самой природы третейского разбирательства, где всегда используется принцип «если стороны не договорились об ином», то есть договоренность сторон носит первостепенный характер.

Это означает, что, если стороны уже согласовали первоначальную (стартовую) стоимость в договоре залога, и если это соглашение действует, его никто не признает недействительным, стороны не изменили и не расторгли договор, то и спора как такового нет, следовательно, необходимости в назначении экспертизы тоже нет.

Хотелось бы также отметить, что недавно был принят Закон Кыргызской Республики «О внесении изменений в Закон Кыргызской Республики «О залоге» от 2 августа 2017 года

№ 171 и теперь договор о залоге в императивном порядке должен содержать оценку заложенного имущества на момент взыскания, которая определяется соглашением залогодержателя с залогодателем, а в отношении недвижимого имущества – определяется дополнительным соглашением залогодержателя с залогодателем с привлечением независимых специалистов-оценщиков. При этом, в случае рассмотрения судом дела об обращении взыскания на предмет залога начальная (стартовая) продажная цена предмета залога при его реализации определяется на основе такой оценки. В случае спора продажная цена предмета залога на момент взыскания определяется судом на основе заключения независимых специалистов-оценщиков, имеющих соответствующий сертификат.

Между тем, несмотря на внесенные в Закон о залоге изменения, я считаю, что, если ответчики не согласны с оценочной стоимостью предмета залога, установленной в договоре о залоге, то они также вправе подать отдельное исковое заявление об оспаривании условий установления цены предмета залога, либо заявить встречные требования, вытекающие из того же договора, в целях зачета и в этом случае третейский суд вправе обратиться к независимым специалистам – оценщикам для определения продажной цены предмета залога. Если оценка заложенного имущества на момент взыскания уже будет определяться с привлечением независимых оценщиков (в случае недвижимого имущества), то, возможно количество споров о занижении стоимости предмета залога значительно сократится.

ПРИМЕНЕНИЕ СТАТЬИ 309 ГРАЖДАНСКОГО КОДЕКСА КР: ПРОБЛЕМЫ, ВЫЯВЛЕННЫЕ ПРАКТИКОЙ ТРЕТЕЙСКОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА

Шербото Асель

*арбитр МТС ТПП,
член правления ЗАО «Толубай банк»*

Чекошев Айбек Мелисканович,

*арбитр МТС ТПП,
председатель правления ЗАО «Толубай банк»*

Инициатива законодателя по внесению каких-либо изменений и дополнений в действующее законодательство обычно сопровождается обоснованием необходимости предлагаемых изменений. Как правило оно выражено изложением целей, положительных изменений, к которым они приведут, проблем, которые имеются в текущей редакции и экономической выгоды. Представляется, что большинству юридического сообщества неведомы причины, по которым в ст.309 ГК КР были внесены изменения Законом КР «О внесении изменений и дополнения в Гражданский кодекс Кыргызской Республики» от 30 мая 2013 года, в части исключения слов «при отсутствии иного соглашения». Никакого предварительного обсуждения данное изменение не имело и в результате мы получили как факт новые требования к очередности погашения денежных обязательств. Не секрет, что ошутимее всего изменения в ст.309 ГК КР коснулись банковского сообщества, хотя статья касается любых денежных требований по возникшим обязательствам, будь то арендные правоотношения, отношения, связанные с поставкой, куплей-продажей и т.п. Учитывая довольно большой удельный вес споров, возникающих из заемных правоотношений, в общей массе споров, рассматриваемых в МТС ТПП, актуальность проблем, возникающих в связи с применением ст.309, вполне очевидна.

Законодатель, поспешно, по нашему мнению, внеся изменения в ст.309, не учел ряд моментов, которые затрудняют понимание механизма его применения.

Ввиду того, что нет однозначного понимания и толкования ст.309 ГК КР, возникла проблема противоречивой практики МТС ТПП при решении такого рода споров. В результате чего стороны (в том числе потенциальные), не могут оценить судебную перспективу спора.

Так, одним из основных нерешенных вопросов является *момент, с которого очередность, установленная рассматриваемой статьей, подлежит применению*. Обычно для начала исчисления какого-то периода необходима четкая дата, окончание временного

промежутка или наступление определенного события и т.п. Формулировка «в случае недостаточности средств» не несет в себе каких-то измеряемых параметров для его четкого обозначения в качестве «события», так как ситуации могут возникнуть самые различные. Должник может ошибочно выполнить обязательства в меньшем объеме, чем следовало бы или же должник злонамеренно может смоделировать ситуацию «недостаточности средств». Именно последнее, как известно, вызывает вполне оправданную обеспокоенность со стороны кредиторов. Ведь именно их интересы уязвимы в условиях недобросовестного поведения должника, когда у последнего есть возможность путем злоупотребления правом вынудить кредитора принимать погашения исключительно на «тело» кредита.

В этой связи, всплывает следующая насущная проблема. Очевидно, что законодателю следовало разграничить правоотношения, ввиду которых возникли денежные обязательства. Очевидность, по нашему мнению, возникает исходя из самой природы заемных правоотношений. Известные со студенческой скамьи три принципа кредитования - срочность, платность и возвратность – теоретически остаются неизменными. Между тем, новая редакция ст.309 ГК КР фактически нивелирует принцип платности, создавая условия, при которых кредиторы могут быть лишены процентного дохода, на который они рассчитывали, вступая в заемные правоотношения. Тем более, когда кредитором является финансово-кредитные организации, соответствие прогнозных показателей которых и фактических доходов является существенным фактором стабильности развития банковской системы в целом. Надо отметить, что экономическая сущность платы за кредит отражается в фактическом распределении дополнительно полученной за счет его использования прибыли между заемщиком и кредитором. Немаловажным является стимулирующая функция платности, побуждающая заемщика наиболее продуктивному использованию заемных средств. Кредитору же платность кредита обеспечивает покрытие его затрат, связанных с уплатой процентов за привлеченные в депозиты чужие средства, затрат по содержанию штата, на покрытие инфляции, а также обеспечивает получение прибыли для увеличения ресурсных фондов кредитования (резервного, уставного). Государство не может быть не заинтересовано в устойчивой и предсказуемой деятельности банковской системы. Следовательно, напрашивается вывод о необходимости рассмотрении текущей редакции ст.309 в ракурсе здравого смысла, что уже было предложено рядом коллег в соответствующих публикациях и обсуждениях.

Так, представляется разумным полагать, что под «*основной суммой долга*» следует понимать основную сумму кредита и проценты по нему, так называемые проценты-плату. В этом случае принцип платности кредита полностью соблюдается. Из практики заемных

отношений возник и такой термин как «проценты-санкция», что означает повышенную процентную ставку, которая начисляется в случае просрочки в уплате процентов-платы. Эти проценты, являются санкционными мерами, и нашли закрепление в правовой культуре КР посредством принятия Постановления Пленума Верховного суда Кыргызской Республики от 29 ноября 2002 года №6 «О некоторых вопросах судебной практики при разрешении споров по договорам займа», в котором подробно описаны отличия этих видов процентов.

Вообще, с учетом возникшей проблематичности одной небольшой статьи, вполне допускаем, что текущая редакция вовсе не декларировалась как первоначальная цель инициатора законопроекта. Как стало известно, изменения в эту статью были внесены в ходе обсуждения законопроекта в ЖК КР, который изначально предполагал внесение изменений и дополнений лишь в две статьи ГК КР, а именно в 726 и 727. Тем более в условиях, когда анализ законодательства ряда стран СНГ, в том числе, стран ЕАЭС, наглядно демонстрирует противоречие текущей редакции ст.309 ГК КР аналогичным статьям гражданского законодательства этих стран.

Так, соответствующие статьи Гражданских кодексов России (ст.319), Узбекистана (ст.248) и Таджикистана (ст.342) абсолютно идентичны и гласят: «Сумма произведенного платежа, недостаточная для исполнения денежного обязательства полностью, при отсутствии иного соглашения погашает прежде всего издержки кредитора по получению исполнения, затем - проценты, а в оставшейся части - основную сумму долга». Статья 300 ГК Республики Беларусь устанавливает, что «сумма произведенного платежа, недостаточная для полного исполнения денежного обязательства, погашает, если иное не предусмотрено Президентом Республики Беларусь: в первую очередь – издержки кредитора по получению исполнения; во вторую очередь – основную сумму долга и проценты за пользование денежными средствами, подлежащие уплате по денежному обязательству (займу, кредиту, авансу и т.д.); в третью очередь – проценты, предусмотренные статьей 366 настоящего Кодекса за неисполнение или просрочку исполнения денежного обязательства, и неустойку». В ст.282 ГК Казахстана закреплено, что «сумма произведенного платежа, недостаточная для исполнения денежного обязательства, при отсутствии иного соглашения сторон погашает прежде всего задолженность по основному долгу и вознаграждению (интерес), основной долг и вознаграждение (интерес) за текущий период, а в оставшейся части - неустойку и издержки кредитора по получению исполнения».

И, к слову о необходимости разграничения заемных и иных правоотношений, на которые в равной степени распространяется ст.309 ГК КР. Вторым абзацем п.2 ст.282 ГК РК указано, что «особенности погашения платежей по договорам банковского займа или о

предоставлении микрокредита устанавливаются банковским законодательством Республики Казахстан либо законодательством Республики Казахстан о микрофинансовых организациях». Думается, что комментарии излишни. Разве что необходимо добавить, что и в заемных правоотношениях бывают различные аспекты, под которые необходимо каким-то образом «подстроить» нормы ст.309. В частности, можно выделить случаи выдачи кредита с обязательством возврата аннуитетными платежами; выплата основной суммы кредита по частям несколькими траншами с ежемесячной уплатой процентов на текущий остаток кредита; ежемесячные процентные платежи с обязательством возврата основной суммы кредита лишь в конце срока и т.п. Ведь в каждом конкретном случае можно по-разному понимать ситуацию «недостаточности средств».

Исходя из практики рассмотрения споров по заемным обязательствам в МТС ТПП, со всей очевидностью можем констатировать, что у сторон, их представителей, зачастую являющихся юристами, и арбитров отсутствует однозначное понимание требований ст.309 ГК КР. Данный факт значительно затрудняет разрешение этих споров в установленные Регламентом МТС ТПП сроки, вызывает полемику и ставит перед арбитром ряд вопросов, ответы на которые являются крайне важными для разрешения спора по существу. Хотим обратить внимание лишь к некоторым из них:

1. Инициатива арбитра по проверке правильности расчетов задолженности в соответствии со ст.309 ГК КР.

В соответствии со ст. 4 Регламента МТС ТПП арбитры независимы и беспристрастны при исполнении своих обязанностей, а сторонам предоставляются равные возможности. Арбитр, по общему правилу, не должен занимать слишком активную позицию, дабы не крениться в сторону «инквизиционного» процесса. Вместе с тем нельзя ожидать от арбитра и полного бездействия, что позволяет ему требовать, чтобы сторона доказала правильность расчетов суммы задолженности.

2. Правомерность требования арбитра о пересчете задолженности с учетом норм ст.309 ГК КР

Пункт ст.4.3. Регламента МТС ТПП устанавливает, что каждая сторона обязана доказать те обстоятельства, на которые она ссылается как на обоснование своих требований и возражений. Следовательно, когда кредитор требует определенную сумму денежных средств, то он должен доказать, что именно указанную сумму действительно в соответствии с договорами сторон и применимым материальным правом должник обязан ему уплатить. Доказательством при этом будут служить договоры, которые стороны заключили, и действия сторон по их исполнению, которые в свою очередь должны быть основаны на требованиях

законодательства. При наличии противоречий расчетов с применимыми нормами права арбитр имеет право требовать от сторон доказать, что очередность погашения задолженности соответствовала требованиям закона. При этом представляется сомнительным право арбитра требовать от стороны пересчитать суммы требований с учетом норм ст.309 ГК КР, в условиях, когда истец не согласен с таким требованием.

3. При выяснении факта очевидного несоблюдения очередности, кто должен осуществить пересчет: ответчик, истец, арбитр или эксперт?

В такой ситуации арбитр может предложить сторонам предоставить расчеты сумм задолженности с учетом норм ст.309 ГК КР, что, чаще всего, приводит к тому, что стороны приходят к какому-то обоюдно удовлетворяющему расчету, что, в свою очередь, отвечает духу третейского разбирательства.

При отказе или ненадлежащем подсчете, когда расчеты сторон противоречат, то, по нашему мнению, возможно назначение соответствующей экспертизы.

4. Ответчик отсутствует на слушаниях.

Обязанность третейского суда состоит в надлежащем уведомлении сторон о предстоящих слушаниях, чтобы обеспечить их права на защиту своих прав и интересов непосредственно или через своего представителя. Сторона же сама определяет, воспользоваться этим правом или нет. Следовательно, активность арбитра в вопросе соблюдения очередности, возможна лишь в рамках требования от присутствующей стороны доказать те обстоятельства, на которые она ссылается, в том числе относительно правильности расчета суммы долга.

5. Признание иска ответчиком как основание для воздержания арбитра от проверки очередности погашения обязательств

Признание иска, в частности, суммы требований, является безусловным правом Ответчика, которое не может быть ограничено арбитром.

Проиллюстрируем данный тезис примером из практики. Ответчик (заемщик) на слушаниях заявил о нарушении со стороны истца (кредитор) ст.309 ГК КР, так как денежные средства, уплаченные ответчиком, не направлялись на погашение основной суммы долга. Полемика сторон, выраженная в составлении отзывов и возражений, по данному вопросу продолжалась несколько слушаний. Арбитром было предложено сторонам представить соответствующие доказательства, оценить которые у арбитра не было возможности, так как, в конечном итоге, ответчик иск полностью признал. В условиях, когда у сторон была возможность разрешить данный спор в судебном порядке, ответчик признает всю сумму иска без каких-либо возражений и оговорок. Арбитр посчитал, что иск подлежит удовлетворению

в полном объеме, и необходимости проверять соблюдение очередности погашения обязательств не усмотрел.

6. Мировое соглашение сторон не учитывает нормы ст.309 ГК КР.

Необходимо, по нашему мнению, исходить из того факта, что заключая мировое соглашение, стороны урегулируют вопрос их частноправовых отношений и третейскому суду уже нечего разбирать, так как уже спор о праве отсутствует. При отсутствии в мировом соглашении условий, которые бы затрагивали права и интересы третьих лиц, нарушали публичный порядок, арбитр в соответствии с требованиями ст.30 Закона о третейском суде и ст.49 Регламента МТС ТПП выносит решение на согласованных сторонами условиях, даже если установленная ст.309 ГК КР очередность не была соблюдена. В конце концов, у сторон есть право не обращаться к третейскому суду за фиксацией условий мирового соглашения решением, а ходатайствовать лишь о прекращении производства в связи с заключением мирового соглашения.

7. Выплаты по кредиту не предполагают аннуитетных платежей.

Согласно условиям кредитного договора заемщик обязан был оплачивать проценты ежемесячно, а всю сумму кредита в конце срока. При рассмотрении расчета задолженности возник вопрос, с какого момента в этом случае необходимо направлять суммы погашения на основную сумму кредита. Учитывая, что за весь срок, на который был выдан заем, возврат суммы кредита не предполагался.

В указанном выше случае мы полагаем, что платежи должны в первую очередь направляться на основную сумму кредита при наступлении окончания срока возврата основной суммы, которая предусмотрена в договоре и графике погашения.

Необходимо отметить, что при разрешении указанного спора ответчик иск признал в части основной суммы и процентов-платы, которые истцом были пересчитаны в соответствии с требованиями ст.309 ГК КР. Вместе с тем, истец изменил сумму пени, которая первоначально была меньше. В итоге ответчику была предъявлена такая же сумма, что и при подаче иска, когда истец не применял нормы ст.309 ГК КР. Но это уже совсем другая история, которая касается еще одного неоднозначного, по нашему мнению, нововведения – Закона КР «Об ограничении ростовщической деятельности в КР».

Представляется, что перечисленные вопросы далеко не исчерпывающие и каждый арбитр, рассматривающий подобный спор, в той или иной мере сталкивается с этими или иными проблемами. Решением стало бы, безусловно, официальное толкование ст.309 ГК КР со стороны ЖК КР или формирование единой правовой позиции по применению ст.309. С

учетом всех обстоятельств, более оптимальным вариантом представляется возврат старой редакции, в том числе в целях гармонизации гражданского законодательства в рамках ЕАЭС.

ВЗЫСКАНИЕ ПРОЦЕНТОВ И УБЫТКОВ ОТ КУРСОВОЙ РАЗНИЦЫ ЗА ПЕРИОД ИСПОЛНЕНИЯ РЕШЕНИЯ: ПРАВОВЫЕ ОСНОВАНИЯ

Кучерявая Галина Александровна

*арбитр МТС ТПП,
директор по правовым вопросам и связям с
государственными органами ОсОО «Скай Мобайл»*

Значительное количество споров, разрешенных МТС ТПП, относится к принудительному взысканию задолженности по займам и кредитам. Если предмет спора по взысканию долга зачастую не вызывает вопросов в связи с наличием доказательств выдачи займа или кредита и подтверждением частичного погашения долга, то требования по взысканию начисленных процентов и обращению взыскания на залог не всегда настолько очевидны. Это связано с жестким регулированием таких правоотношений и наличием определенных ограничений по размеру процентных ставок, видам имущества, на которое может быть обращено взыскание. Но даже не эти, в определенной мере, сложные вопросы являются предметом анализа в данной статье.

Хотелось бы обратить внимание на не часто встречающееся требование по взысканию убытков от курсовой разницы, а также процентов, доначисленных за период исполнения решения третейского суда. При этом убытки от курсовой разницы могут возникнуть за период принудительного исполнения решения третейского суда не только по спорам о взыскании кредитной задолженности, но и по взысканию задолженности по любому другому обязательству из договора, сумма которого определена в иностранной валюте.

На первый взгляд казалось бы – ну что сложного в разрешении такого требования? Однако мнения юристов по данному вопросу разделились.

Одни считают, что, несмотря на то, что кредит выдавался в иностранной валюте, истец сумму иска должен определять в национальной валюте – кыргызских сомах. Основанием для этого служит ст.307 ГК КР, регламентирующая вопрос о валюте денежного обязательства.

Данная позиция, на наш взгляд, является спорной. Действительно, первое предложение указанной статьи устанавливает, что денежное обязательство должно быть выражено и оплачено в национальной валюте Кыргызской Республики - сомах. Однако следующее предложение п.1. ст.307 ГК КР предусматривает, что использование иностранной валюты при осуществлении расчетов по денежному обязательству на территории Кыргызской Республики *допускается в случаях и в порядке, предусмотренном законодательством.*

Ряд законов Кыргызской Республики наделяет отдельных субъектов экономической деятельности правом осуществлять расчеты и операции в иностранной валюте. К таковым в частности, относятся субъекты свободных экономических зон (ст.7 Закона "О свободных экономических зонах в КР"), а также финансово-кредитные учреждения, лицензируемые Национальным банком КР (Закон "О Национальном банке КР, банках и банковской деятельности"). В соответствии с п.п. 2 и 13 п.1 ст.111 вышеназванного закона, регламентирующего банковскую деятельность, при наличии соответствующей лицензии банки могут осуществлять операции в иностранной валюте, в том числе размещать собственные и/или привлеченные средства от своего имени на договорных условиях (т.е. выдавать кредиты), а также покупать и продавать (обменивать) иностранную валюту от своего имени.

Таким образом, указанные положения Закона "О Национальном банке КР, банках и банковской деятельности" и являются теми законодательными нормами, на которые сделана ссылка в ст.307 ГК КР, и которые наделяют финансовые институты правом осуществлять операции по выдаче кредитов и получению процентов за их использование в иностранной валюте на основании лицензии, выданной Национальным банком. Это дает основание сделать вывод о том, что суд в своем решении вправе указать о взыскании с заемщика суммы задолженности по кредиту, выданному в иностранной валюте, и процентов за его использование, *в той валюте, в которой был выдан кредит.*

Некоторые коллеги, оппонировав данному утверждению, высказывают мнение о том, что в процессе исполнения такого решения у судебных исполнителей могут возникнуть сложности с расчетом данной суммы в случае, если в период взыскания с должника будут взысканы суммы в национальной валюте, либо будет произведена реализация имущества, оплата которого в соответствии с законодательством будет произведена в национальной валюте. Судебному исполнителю при этом необходимо будет сделать перерасчет взысканной суммы в сомах на эквивалент в иностранной валюте, в связи с чем возникнет проблема с определением размера официального курса для осуществления такого перерасчета.

На наш взгляд, эта проблема легко разрешается. Данный вопрос уже имеет ответ, указанный в п.2 ст. 307 ГК КР, который содержит требование о порядке определения суммы, подлежащей оплате при пересчете суммы иностранной валюты в национальную валюту Кыргызстана. Так, вышеуказанная норма ГК гласит, что подлежащая уплате в национальной валюте сумма *определяется по официальному курсу соответствующей валюты на день платежа.* Датой платежа будет являться день взыскания суммы задолженности. В случае же если сумма задолженности будет взыскиваться по частям, то перерасчет национальной

валюты в иностранную валюту должен производиться по официальному курсу на день взыскания соответствующей части задолженности.

Необходимо отметить, что еще не так давно некоторые судьи государственных судов принимали иски с указанием суммы иска в иностранной валюте и выносили решения о взыскании суммы в иностранной валюте. Однако в последнее время судебная практика идет по пути указания в резолютивной части решения суммы в кыргызских сомах, эквиваленту сумме задолженности в иностранной валюте. Связано это, по всей видимости, с наличием в Постановлении Пленума Верховного Суда КР от 29 ноября 2002 года N 6 "О некоторых вопросах судебной практики при разрешении споров по договорам займа" рекомендаций Верховного суда страны о том, что, несмотря на то, что заем денежных средств может быть осуществлен как в сомах, так и в иностранной валюте с соблюдением правил статей 35, 36 ГК КР, разрешая спор, связанный с валютой платежа по заемному обязательству, суд может признать не соответствующим требованиям законодательства условие договора займа, обязывающее заемщика к возврату основного долга и процентов в иностранной валюте. Однако считаем, что данная рекомендация не противоречит высказанному нами выше мнению, поскольку касается общего требования, предусмотренного законом, без учета специфики специальных субъектов таких правоотношений.

Сложившаяся судебная практика конвертации и взыскания в национальной валюте суммы денежного обязательства, определенного сторонами в договоре в иностранной валюте, несомненно, облегчает работу судебных исполнителей, однако ущемляет интересы кредиторов, так как процесс взыскания может занять весьма продолжительный период времени, в течение которого колебание курса валюты приведет к значительной курсовой разнице, подлежащей отнесению на убытки кредитора. В результате этого цель, которую ставил истец, обращаясь в суд за защитой своих имущественных прав, в полной мере не будет достигнута. Именно поэтому некоторые кредиторы, после завершения процесса обращения взыскания, повторно обращаются в суд с иском о взыскании суммы убытков от курсовой разницы, а также процентов, начисленных за период принудительного исполнения решения третейского суда.

Не проводя дальнейших изысканий относительно валюты, в которой производится взыскание по иску, вернемся непосредственно к исследуемому нами вопросу, основываясь на уже сложившейся практике, как государственных судов, так и МТС ТПП.

Существует мнение, что поскольку решением третейского суда производится взыскание суммы задолженности, то дата вынесения решения о взыскании является днем, в который договор, во исполнение обязательств по которому производится взыскание,

прекращает свое действие, и, соответственно, условия о начислении процентов в последующем уже не действуют. Сеем не согласиться с подобным утверждением в связи со следующим. Статьей 726 ГК КР предусмотрено, что проценты за пользование денежными средствами начисляются в порядке и сроки, определенные договором. В том случае, если договором установлено, что проценты в размере, установленном договором, начисляются до момента фактического получения денежных средств кредитором, то, несмотря на вынесенное судом решение у кредитора сохраняется право требовать начисление процентов до фактического возврата суммы долга. Вынесение решения судом не умаляет права кредитора получить проценты за весь период пользования его денежными средствами, включая период исполнения решения третейского суда. Кроме того, у кредиторов есть также право требовать за этот период выплату процентов, установленных ст.360 ГК КР, поскольку она предусматривает начисление процентов до дня исполнения денежного обязательства, т.е. фактического получения денежных средств взыскателем.

Однако, в соответствии с законодательством и со сложившейся судебной практикой сумма иска должна быть определена на день подачи иска. А, учитывая, что она включает в себя требования истца по выплате суммы основного обязательства, процентов за его использование, либо за неправомерное пользование денежными средствами, то, несмотря на закрепленный ст.728 ГК КР период начисления процентов, начисление ограничивается моментом подачи иска.

Вместе с тем необходимо отметить, что условие об указании общей суммы исковых требований вполне обоснованно, так как при этом решается вопрос об определении суммы арбитражного сбора, который подлежит оплате в момент подачи искового заявления. Но как быть с тем, что исполнение решения суда может занять нескольких месяцев, а возможно и лет?

Считаем, что взыскатель после полного исполнения решения третейского суда вправе подать в третейский суд исковое заявление на взыскание начисленных за период исполнения решения третейского суда процентов, а в случае, если обязательство изначально было выражено в иностранной валюте, а решением третейского суда было взыскано в национальной валюте – убытков от курсовой разницы. Именно такую позицию занимает Верховный Суд Кыргызстана в Постановлении Пленума Верховного Суда КР от 29 ноября 2002 года N 6 "О некоторых вопросах судебной практики при разрешении споров по договорам займа", согласно которой убытки, возникающие по этим делам в виде курсовой разницы со дня взыскания суммы судом до дня фактического платежа (реального

исполнения решения суда), могут быть взысканы кредитором в порядке искового производства.

В этом случае моментом возникновения права требования у кредитора о возмещении убытков от курсовой разницы является *дата фактического исполнения решения МТС ТПП*, когда ущерб приобрел реальный характер, и у Истца появилась возможность оценить размер отрицательных последствий в своей имущественной сфере. Само же право требовать возмещения ущерба основано на ст.14 ГК КР, согласно которой лицо, право которого нарушено, может требовать полного возмещения причиненных ему убытков, а именно расходы, которые лицо, чье право нарушено, произвело или должно будет произвести для восстановления нарушенного права.

При разрешении вопроса о компенсации убытков от курсовой разницы, а также процентов за пользование чужими денежными средствами, предусмотренных ст.360 ГК КР, важно также установить *причинно-следственную связь* между поведением должника, нарушившим обязательства по оплате долга в срок, и наступившими последствиями в виде убытков, причиненных таким длительным исполнением.

Нельзя согласиться с той точкой зрения, что потери от курсовой разницы являются не убытками, а обычным предпринимательским риском кредитора, а потому не могут быть переложены на должника. Представляется очевидным, что предпринимательский риск не предполагает учета кредитором неправомерных действий должника.

На практике встречается также мнение о невозможности рассмотрения третейским судом требований о взыскании доначисленных за период исполнения решения суда процентов или убытков от курсовой разницы, вследствие прекращения исполнением обязательств по договору, а, следовательно, и прекращением действия арбитражной оговорки. Такая постановка вопроса представляется в корне ошибочной.

Арбитражная оговорка в силу ст.3 Регламента МТС ТПП независима от договора, составной частью которого она является. Указанный *принцип автономности арбитражной оговорки* заключается в ее самостоятельном правовом значении, независимо от действия или действительности договора, к которому она относится. Зачастую стороны договора специально не согласовывают прекращение действия арбитражной оговорки в случае прекращения обязательств по договору. Следовательно, любые споры, связанные с договором, в том числе и возникшие после прекращения его действия, подлежат рассмотрению в МТС ТПП в силу добровольного соглашения сторон о передаче таких споров в третейский суд.

Аналогично, на наш взгляд, должен решаться вопрос о компетенции третейского суда рассматривать требование о взыскании доначисленных за период исполнения решения суда процентов или убытков от курсовой разницы по обязательствам, взыскание по которым производилось в рамках принудительного исполнения мирового соглашения, даже если условиями мирового соглашения не предусмотрена третейская оговорка, поскольку такие исковые требования не основаны на правоотношениях, вытекающих из мирового соглашения. Они вытекают из основного договора, обязательства по которому были исполнены с нарушением установленных сроков либо в валюте, отличной от валюты договора.

Резюмируя, оговоримся, что мы не претендуем на исключительность мнения, представленного в настоящей публикации. Нами предпринята попытка аргументировать свою позицию по данному вопросу, не исключая, между тем, вероятность альтернативной точки зрения.

МИРОВОЕ СОГЛАШЕНИЕ В ТРЕТЕЙСКОМ РАЗБИРАТЕЛЬСТВЕ

Бит-Аврагим Елена Ильинична

*арбитр МТС ТПП
партнер юридического агентства «Veritas»*

Право сторон третейского разбирательства на заключение мирового соглашения закреплено в ст.30 Закона о третейских судах. Более детальная регламентация процедуры заключения мирового соглашения содержится в ст.49 Регламента МТС ТПП: «Если в ходе арбитражного разбирательства стороны урегулируют спор мировым соглашением, то разбирательство прекращается. По просьбе сторон состав третейского суда может зафиксировать это урегулирование в виде арбитражного решения на согласованных сторонами условиях».

В настоящей статье рассмотрены некоторые вопросы, связанные с мировым соглашением в третейском разбирательстве, а также последствиями его заключения для сторон третейского разбирательства.

Особенности мирового соглашения в третейском разбирательстве. Нужно отметить, что арбитры в ходе третейского разбирательства рекомендуют сторонам окончить рассмотрение спора заключением мирового соглашения и разъясняют им положительные аспекты подобного волеизъявления, к которым можно отнести:

- мировое соглашение представляет собой результат обоюдного волеизъявления сторон, что очевидно, является положительным моментом, выраженным в форме заключенного соглашения;
- при заключении мирового соглашения, стороны сами определяют объем взаимных уступок в возникшем споре;
- исполнение мирового соглашения регламентировано в законодательстве, так как заключение сторонами мирового соглашения проходит процедуру утверждения его третейским судом на согласованных сторонами условиях.

В регламенте МТС ТПП термин *мировое соглашение* вынесен в названии ст.49, а в параграфе 1 данной статьи говорится об арбитражном решении на согласованных условиях. Содержание мирового соглашения в тексте данной статьи раскрывается как арбитражное решение на согласованных условиях, таким образом, согласованные условия и есть мировое соглашение. С вынесением такого решения третейское разбирательство по делу прекращается.

Если «обыкновенное» арбитражное решение выносится полностью или в части «против» какой-либо из сторон (содержит положения о полном или частичном удовлетворении исковых требования или отказе в таковом), то в согласованном решении дело обстоит иначе: состав арбитража только фиксирует условия достигнутого между сторонами мирового соглашения.

Содержание мирового соглашения. Мировое соглашение должно содержать согласованные сторонами сведения и четко зафиксировать механизмы исполнения достигнутых договоренностей сторон: последовательность действий, сроки их выполнения одной стороной перед другой, определение критериев выполнения и иные условия, которые стороны считают необходимыми. Также необходимо включить вопрос о распределении арбитражных расходов. В интересах самих сторон формулировать условия такого мирового соглашения с учетом особенностей конкретного случая и реалистичности выполнения достигнутых согласованных условий.

Следует обратить внимание на формулировки текста мирового соглашения в целях исполнимости такого арбитражного решения. Было, в частности, рекомендовано полностью указывать данные, которые в последующем суд должен включать в исполнительный лист о принудительном исполнении третейского решения:

- наименование взыскателя - юридического лица и должника - юридического лица, их юридический адрес и банковские реквизиты, при наличии;
- фамилию, имя и отчество взыскателя - физического лица и должника - физического лица, дату рождения, место жительства (нахождения) и/или место работы, если оно известно⁶⁸.

Дискуссионным является вопрос о возможности включения в мировое соглашение *санкций за не исполнение его условий*. На мой взгляд, штраф, являющийся по своей сути наказанием в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательств в данном вопросе не возникает. Представляется очевидным, что уклонение любой из сторон от взаимной договоренности, зафиксированной в виде арбитражного решения, будет являться уже не нарушением условий мирового соглашения, а *неисполнением арбитражного решения*, содержащего условия мирового соглашения.

⁶⁸ Письмо Первомайского районного суда города Бишкек от 14 апреля 2016 г. № К-8 в адрес МТС ТПП, статья 18 Закона Кыргызской Республики «О статусе судебных исполнителей и об исполнительном производстве» от 28 января 2017 г.

Обсуждаемым вопросом является и вопрос о включении в содержание мирового соглашения, утверждаемого арбитражным судом, третейской оговорки. Насколько это необходимо? И возможны ли споры из мирового соглашения?

По мнению Д. Давыденко: «Узловым моментом при решении вопроса о применимом праве является следующий: отнести ли мировое соглашение к договорам или квалифицировать как результат развития и элемент первоначального правоотношения... Так на практике, может возникнуть следующая ситуация: стороны предусматривают в первоначальном договоре арбитражную оговорку, а в дальнейшем заключают мировое соглашение, в котором такая оговорка отсутствует. Если исходить из того, что мировое соглашение является продолжением первоначального правоотношения, может возникнуть предположение, что действие арбитражной оговорки распространяется и на споры из мирового соглашения»⁶⁹.

На мой взгляд, подобный подход может иметь место, если мировое соглашение не утверждается третейским судом, а заключается сторонами вне суда. При этом, когда стороны просят закрепить урегулирование возникшего между ними спора в форме арбитражного решения на согласованных условиях, споры уже могут возникнуть только по вопросам исполнения или не исполнения арбитражного решения, содержащего условия мирового соглашения.

Таким образом, при достижении мирового соглашения стороны могут зафиксировать достигнутые договоренности и придать ему силу арбитражного решения, которое может быть исполнено в принудительном порядке. Тем самым создаются дополнительные правовые рычаги для обеспечения выполнения мирового соглашения.

Оформление и процедура утверждения мирового соглашения. Прежде всего, следует обратить внимание на положение ст.49 Регламента МТС ТПП о *просьбе сторон* к составу арбитража зафиксировать в виде арбитражного решения урегулирование возникшего спора в форме мирового соглашения. Здесь действует общее правило, о том, что стороны должны обоюдно признать, что достигли согласия, и это добровольное волеизъявление сторон будет зафиксировано в форме мирового соглашения. Представляется, что стороны могут достигнуть договоренности как полностью, так и в части исковых требований и именно по этим вопросам просить третейский суд зафиксировать достигнутые договоренности в виде арбитражного решения. По оставшимся вопросам, третейское разбирательством может быть продолжено либо сторона может просить

⁶⁹ Давыденко Д.Л. Мировое соглашение в международных частноправовых спорах - Международный коммерческий арбитраж, № 1/2005 (январь-март)

третейский суд оставить свое требование без рассмотрения. В регламенте МТС ТПП возможность по заявлению стороны оставить ранее заявленное требование без рассмотрения не регламентирована, но имеется оговорка в подпункте «в)» п. 51.2. статьи 51 Регламента МТС ТПП, о том, что арбитражное разбирательство прекращается поскольку *«продолжение разбирательства стало по каким-либо причинам ненужным или невозможным...»*. Прекращение производства арбитражным судом в части исковых требований, на мой взгляд, не исключает возможности стороны повторного обращения с данным или аналогичным требованием в третейский суд.

Нередко возникает вопрос, имеет ли право состав арбитража *изменять* согласованные между сторонами условия мирового соглашения? На мой взгляд, возражения со стороны арбитров возможны, например, если мировое соглашение подписано представителем стороны, в доверенности которого полномочие заключить мировое соглашение отсутствует; мировое соглашение касается не только сторон, но и третьих лиц, не участвующих в данном деле; мировое соглашение составлено сторонами настолько противоречиво и не ясно, что составу арбитража трудно понять и установить, в чем состоит договоренность сторон. Кроме того, мировое соглашение не должно нарушать права третьих лиц и противоречить законодательству. Поэтому, арбитры могут предложить сторонам внести соответствующие изменения в согласованные ими условия, чтобы было возможно вынести решение третейского суда.

Вопрос о необходимости *включения всего текста мирового соглашения* в решение третейского суда следует рассматривать через призму требований ст.49 Регламента МТС ТПП. Согласно п.2 ст.49 Регламента МТС ТПП арбитражное решение на согласованных сторонами условиях выносится в соответствии с положениями ст.47 Регламента МТС ТПП о форме и содержании решения третейского суда.

Иными словами, это решение должно полностью соответствовать форме и содержанию решения, вынесенного арбитрами по существу спора на основании установленных ими фактов и доказательств и имеет ту же силу и подлежит исполнению так же, как и любое другое арбитражное решение по существу спора (ст.47.1 ст. 47 и ст.50 Регламента МТС ТПП).

Таким образом, условия мирового соглашения согласованные сторонами и принятые (утвержденные) третейским судом должны включаться в решение третейского суда, а также в решение третейского суда должен быть включен вопрос о распределении между сторонами сумм арбитражных расходов и сборов по делу.

Последствия утверждения третейским судом мирового соглашения. Как установлено в ст.36 Закона о третейских судах и п.49.1. ст.49 Регламента МТС ТПП, третейское разбирательство прекращается, если стороны урегулируют спор мировым соглашением и третейский суд фиксирует это урегулирование в виде арбитражного решения на согласованных сторонами условиях.

При этом, стороны могут заключить мировое соглашение вне суда (внесудебное мировое соглашение). Как быть в этом случае? В такой ситуации ввиду отсутствия предпосылок, необходимых для разрешения дела по существу или если арбитры придут к решению, что продолжение разбирательства стало по каким-либо причинам ненужным или невозможным или если стороны договорятся о прекращении разбирательства, то третейское разбирательство прекращается без вынесения решения, о чем принимается определение в соответствии со ст. 35 Закона о третейских судах и ст. 51 Регламента МТС ТПП.

Если последствия утверждения третейским судом мирового соглашения более или менее понятны, то что делать, если мировое соглашение не утверждается третейским судом, и возможен ли такой вариант?

Мировое соглашение должно обладать такими свойствами, как *законность* и *исполнимость*. Таким образом, третейский суд при утверждении мирового соглашения должен учитывать его реальную исполнимость как конечную цель его заключения.

Незаконность или неисполнимость мирового соглашения могут стать основанием для отказа составом арбитража в вынесении решения на согласованных сторонами условиях, продолжении третейского разбирательства и вынесении решения по существу пора в обычном порядке.

Основным процессуальным последствием утверждения мирового соглашения является прекращение производства по делу, рассматриваемому третейским судом. Другим процессуальным последствием утвержденного мирового соглашения является то, что стороны, участвовавшие в третейском разбирательстве, не вправе более обращаться в будущем с исковым требованием о том же предмете и по тому же основанию, которое было зафиксировано в мировом соглашении.

В то же время - и это для сторон является самым важным - утверждение третейским судом мирового соглашения имеет и *материально-правовые последствия*. Эти последствия сводятся к тем обязательствам, которые стороны зафиксировали в мировом соглашении. Причем эти обязательства, как правило, оказываются измененными по сравнению с тем, как они были зафиксированы в первоначальном договоре, в связи с которым рассматривался спор в третейском суде.

Вынесение третейским судом решения суда об утверждении мирового соглашения, а не определения, как в государственных судах, обусловлено еще и тем, что в соответствии с главой 46 ГПК КР принудительное исполнение возможно только решений третейского суда.

Также указание в Законе о третейских судах на то, что арбитражное решение, вынесенное в соответствии с мировым соглашением, обладает той же силой, что и иные арбитражные решения, необходимо, потому, что третейский суд не обладает правом выдавать исполнительные листы на принудительное исполнение принятых им решений. За исполнительным листом нужно обратиться в соответствующий государственный суд, согласно условиям, установленным в ст.ст.418-422 ГПК КР.

Очевидно, что каждое отдельное дело в арбитраже имеет свои особенности исходя из фактических обстоятельств, документов и т.д. Изложенное в настоящей статье мнение и выводы носят субъективный характер и, возможно, есть другие мнения по указанным выше вопросам.

ПОВТОРНОЕ ТРЕТЕЙСКОЕ РАЗБИРАТЕЛЬСТВО

Алымбаев Нурлан Сатылканович

арбитр МТС ТПП

В практике МТС ТПП имеются дела, по которым проведены (или проводятся) повторные третейские разбирательства.

В настоящей статье будут рассмотрены только отдельные вопросы, связанные с проведением повторного третейского разбирательства, так как тема является сложной и обширной.

Во-первых, институт повторного третейского разбирательства не имеет аналогов в других странах ЕАЭС. Например, в Российской Федерации предусмотрено оспаривание решения третейского суда путем подачи в компетентный суд заявления об отмене решения третейского суда. Решение третейского суда, принятое на территории Российской Федерации, может быть оспорено сторонами третейского разбирательства⁷⁰. Аналогичный подход имеется в Республике Казахстан. Отличительной особенностью является то, что ходатайство об отмене арбитражного решения может быть подано кроме сторон арбитражного разбирательства, также третьими лицами, не привлеченными к участию в деле, но в отношении прав и обязанностей которых арбитраж принял решение по основаниям, предусмотренным законом⁷¹.

Во-вторых, на сегодня отсутствует обзор практики компетентных судов по рассмотрению дел, связанных с рассмотрением заявления о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда. Также отсутствует постановление Пленума Верховного суда Кыргызской Республики по данному вопросу.

Отдельно стоит указать, что Регламент ЮНСИТРАЛ не содержит положений относительно проведения повторного третейского разбирательства, хотя спор может быть рассмотрен в МТС ТПП в соответствии с действующим Регламентом ЮНСИТРАЛ, например, когда в третейском соглашении стороны согласовали этот регламент в качестве применимых правил рассмотрения спора.

⁷⁰ Статья 418 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации, ст.230 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

⁷¹ Статья 464 Гражданского процессуального кодекса Республики Казахстан.

Для проведения повторного третейского разбирательства необходимо руководствоваться ст.422 ГПК КР⁷².

Компетентный суд по результатам рассмотрения заявления о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения МТС ТПП может вынести определение об отказе в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения МТС ТПП. Основания отказа в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения МТС ТПП содержатся в ст.421 ГПК:

- *если одна из сторон третейского разбирательства не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или третейском разбирательстве;*
- *если состав третейского суда или процедура третейского разбирательства не соответствовали соглашению сторон либо применимым правилам.*

Поскольку последствия отказа в выдаче исполнительного листа имеют значение, рекомендуется арбитрам, в части уведомлений, обращать внимание на надлежащее выполнение требований:

- Закона о третейских судах относительно уведомлений сторон согласно ч.2 ст.24;
- ст.17 «Уведомления», ст.18 «Сроки», ст.24 «Уведомление ответчика и избрание им арбитра», ст.29 «Извещение сторон об устном слушании» Регламента МТС;
- применимых правил, например, Регламента ЮНСИТРАЛ.

Для информации: Ответственный секретарь МТС ТПП обеспечивает надлежащее уведомление сторон о дате, времени и месте третейского разбирательства⁷³.

В части выполнения требований о соответствии состава третейского суда соглашению сторон либо применимым правилам, следует обращать внимание на:

- условия третейского соглашения (арбитражной оговорки) сторон относительно состава третейского суда;
- положения Главы 3 «Состав третейского суда» Закона о третейских судах;

⁷² Принят 25 января 2017 года №14. Введен в действие Законом от 20 января 2017 года №6 с 1 июля 2017 года.

⁷³ Статья 12 Регламента МТС ТПП.

- п.4.1 ст.4 «Принципы третейского разбирательства», ст.13 «Арбитры», ст.25 «Формирование состава третейского суда», ст. 26 «Избрание или назначение единоличного арбитра» Регламента МТС ТПП;
- положения применимых правил, например, Регламента ЮНСИТРАЛ.

В части выполнения требований о соответствии процедуры третейского разбирательства соглашению сторон либо применимым правилам, нужно сказать, что ГПК КР, Закон о третейских судах и Регламент МТС ТПП не определяют термин и понятие «*процедуры третейского разбирательства*». Поэтому в свободной интерпретации под этим следует понимать порядок, способ ведения дела в третейском суде.

По данному вопросу следует привести следующие положения Закона о третейских судах.

Согласно ст.14 Закона о третейских судах сторона вправе до начала рассмотрения спора по существу заявить об обстоятельствах, которые являются основанием для признания того, что третейское соглашение отсутствует либо оно недействительно. Назначение стороной арбитра или ее участие в назначении арбитра не лишает сторону права сделать такое заявление.

Заявление о том, что третейский суд превышает пределы своей компетенции, должно быть предъявлено сторонами, как только в ходе третейского разбирательства будет поставлен вопрос, который, по мнению стороны, выходит за эти пределы.

Согласно ст.15 Закона о третейских судах если сторона, которая знала или должна была знать о том, что какие-либо положения Закона или третейского соглашения, применяемые по усмотрению сторон, не были соблюдены, в установленные сроки, а когда они не указаны - в разумные сроки, не заявила возражений против такого несоблюдения и продолжала участвовать в третейском разбирательстве, то *она в будущем лишается права заявлять такое возражение.*

Согласно ст.8 Регламента МТС ТПП любая из сторон, которая знает, что какое-либо положение или требование Регламента не было соблюдено, и, тем не менее, продолжает участвовать в третейском разбирательстве, не заявив немедленно возражений против такого несоблюдения, *считается отказавшейся от своего права на возражение.*

С учетом этого, рекомендую, чтобы арбитры во время третейского разбирательства обращали внимание сторон на указанные выше нормы и разъясняли последствия.

Кроме того, сторона, обратившаяся с заявлением о выдаче исполнительного листа, вправе обратить внимание компетентного суда на то, что другая сторона не заявила возражений, продолжала участвовать в третейском разбирательстве, следовательно, она

отказалась от своего права на возражение и лишена права заявлять возражение. А компетентный суд, в свою очередь, должен провести проверку и исследовать доказательства, в том числе путем истребования из МТС ТПП надлежащим образом заверенных копий материалов дела, которые являются основаниями для отказа в выдаче исполнительного листа⁷⁴, и дать им соответствующую правовую оценку.

Следует отметить, что ранее ГПК КР⁷⁵, предусматривал еще одно основание отказа в выдаче исполнительного листа, когда МТС ТПП был обязан провести повторное третейское разбирательство:

- *если решение третейского суда принято по спору, не предусмотренному соглашением сторон или не подпадающему под его условия, или содержит указания по вопросам, выходящим за пределы соглашения (п.4 ч.2 ст.423).*

В Законе о третейских судах содержится норма, по своему содержанию аналогичная норме ст.422 ГПК КР. Это ст.42 Закона о третейских судах. Часть вторую этой статьи необходимо привести в соответствие со ст.422 ГПК КР путем исключения ссылки на указанное выше основание.

Еще одна новелла ГПК КР состоит в том, что законодатель внес уточнение, которого ранее не было. Это указание на то, что третейский суд, вынесший решение, по которому отказано в выдаче исполнительного листа, обязан провести повторное третейское разбирательство *по заявлению стороны третейского разбирательства*. То есть, с заявлением в МТС ТПП теперь однозначно может обратиться как истец, так и ответчик.

Обращаю внимание, что законодатель не устанавливает требования к форме и содержанию заявления о проведении повторного третейского разбирательства (далее – заявление). Применимые правила МТС ТПП также не определяют эти условия⁷⁶.

Закон о третейских судах и Регламент МТС ТПП не регламентируют *содержание заявления*. Поэтому этот вопрос решается по усмотрению заявителя. Я бы рекомендовал указать в заявлении следующее: дату заявления; полное наименование сторон, их почтовые адреса; требование о проведении повторного разбирательства; обстоятельства и нормы закона, на которых основано требование, и подтверждающие их доказательства; другие сведения, имеющие значение для правильного рассмотрения заявления; перечень прилагаемых к заявлению документов и других доказательств.

⁷⁴ Часть 2 ст.420 ГПК КР.

⁷⁵ Принят 29 декабря 1999 года №146. Утратил силу с 1 июля 2017 года.

⁷⁶ Для удобства, в настоящей статье рассматриваются положения обычного Регламента МТС, утвержденного Решением Наблюдательного Совета МТС ТПП от 8 февраля 2007 года.

Закон о третейских судах и Регламент МТС ТПП не определяют *срок для подачи заявления* в МТС ТПП. Поскольку определение суда об отказе в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда может быть обжаловано, то рекомендую принять во внимание ч.1 ст.227 ГПК КР, где указано, что определение суда вступает в законную силу по истечении срока на апелляционное обжалование, если оно не было обжаловано. В случае подачи апелляционной жалобы определение вступает в законную силу после рассмотрения судом апелляционной инстанции. Иными словами, целесообразно обращаться с заявлением в МТС ТПП после вступления в законную силу определение суда об отказе в выдаче исполнительного листа. В практике МТС ТПП есть случаи, когда заявитель обратился после рассмотрения жалобы судебной коллегией Верховного суда КР в надзорном порядке⁷⁷.

Применимо ли к заявлению понятие «устранения недостатков»? По Регламенту МТС ТПП установив, что исковое заявление подано с нарушением требований, предусмотренных ст.20 Регламента МТС ТПП, Ответственный секретарь МТС ТПП предлагает истцу устранить обнаруженные недостатки. Срок устранения недостатков не должен превышать 15 дней со дня получения указанного предложения. В тех случаях, когда истец, несмотря на предложение об устранении недостатков искового заявления, не устраняет их, МТС ТПП возвращает исковое заявление истцу без рассмотрения. Поскольку Регламент МТС ТПП не содержит требований к заявлению, то представляется, что какие-либо недостатки заявления должны устраняться в процессе повторного разбирательства по заявлению/возражению стороны или по предложению арбитра (состава арбитров), если он посчитает необходимым.

МТС ТПП обязан обеспечить за свой счет повторное рассмотрение спора⁷⁸. МТС ТПП не вправе устанавливать какие-либо гонорары арбитрам за повторное рассмотрение спора⁷⁹. Поэтому при подаче заявления *не уплачивается арбитражный сбор*.

МТС ТПП обязан обеспечить повторное рассмотрение спора с привлечением *тех же арбитров*, которые вынесли решение по спору (или арбитра, если дело рассматривалось единоличным арбитром)⁸⁰.

В этой связи следует обратить внимание на формулировки, используемые в ГПК КР и в Законе о третейских судах. В ГПК КР указано, что третейский суд, вынесший решение, по

⁷⁷ В настоящее время надзорная инстанция исключена из ГПК КР.

⁷⁸ Часть 2 ст.12 Закона о третейских судах

⁷⁹ Часть 4 ст.38 Закона о третейских судах

⁸⁰ Часть 2 ст.12 Закона о третейских судах

которому отказано в выдаче исполнительного листа, обязан по заявлению стороны третейского разбирательства провести *повторное третейское разбирательство*⁸¹. Тогда как в Законе используется формулировка *повторное рассмотрение спора*⁸². Считаю, что в этой части закон следует привести в соответствие с ГПК КР и устранить разночтение.

По общему правилу, согласно ч.2 ст.12 Закона о третейских судах, полномочия арбитра не прекращаются, если компетентный суд отказал в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения МТС ТПП.

Прекращение полномочий арбитра на стадии третейского разбирательства регулируется ст.31 Регламента МТС ТПП. По общему правилу полномочия арбитра, председателя состава прекращаются при их самоотводе.

Однако, если арбитр или председатель состава оказываются юридически или фактически неспособными выполнять свои функции или по иным причинам не осуществляют эти функции без неоправданной задержки, полномочия каждого из них могут быть прекращены по соглашению сторон. Регламент не устанавливает порядок достижения соглашения сторонами. И в практике МТС ТПП еще не было такого случая. Поэтому этот вопрос остается на усмотрение сторон.

При наличии оснований и не достижении сторонами соответствующего соглашения, каждая из них вправе обратиться к Председателю МТС ТПП с просьбой решить вопрос о прекращении полномочий арбитра, председателя состава.

Интересным является п.32.2 ст.32 Регламента, который устанавливает, что в случае необходимости и с учетом мнения сторон измененный состав третейского суда вправе заново рассмотреть вопросы, которые уже рассматривались на предыдущих устных слушаниях по делу до замены.

Это логично, так как третейский суд обязан непосредственно исследовать все имеющиеся по делу доказательства⁸³. Решение третейского суда принимается после исследования обстоятельств дела⁸⁴. И согласно п.40.4 ст.40 Регламента МТС ТПП оценка доказательств осуществляется арбитрами по их внутреннему убеждению.

Закон и Регламент МТС ТПП не содержат определение понятия «*неисполнимого решения*». Однако на практике возможны такие ситуации. Решение третейского суда является окончательным и обжалованию не подлежит. Стороны обязаны исполнить решение

⁸¹ Часть 3 ст.422 ГПК КР

⁸² Часть 2 ст. 12 и ч.4 ст.38 Закона о третейских судах

⁸³ Часть 2 ст.23 Закона о третейских судах

⁸⁴ Часть 1 ст.29 Закона о третейских судах

третейского суда в порядке и сроки, установленные в решении. Если решение не исполняется добровольно, оно подлежит принудительному исполнению⁸⁵. В случае, если компетентный суд отказал в выдаче исполнительного листа и Верховный суд Кыргызской Республики в качестве суда кассационной инстанции поддержал это решение⁸⁶, тогда фактически решение третейского суда, по которому отказано в выдаче исполнительного листа, приобретает статус «неисполнимого решения». Этот статус может измениться, если решение компетентного суда будет пересмотрено по вновь открывшимся обстоятельствам или новым обстоятельствам в первой, апелляционной или кассационной инстанций.

В настоящее время арбитр (состав арбитров) при вынесении решения повторного третейского разбирательства, не может отменить или изменить первоначальное решение, по которому отказано в выдаче исполнительного листа. Такая возможность сейчас не предусмотрена ни Законом о третейских судах, ни Регламентом МТС ТПП. Поэтому на практике возможна ситуация, когда арбитр (состав арбитров) могут вынести решение повторного третейского разбирательств, которое будет отличаться от первоначального решения. Это возможно в следующих случаях:

- если одна из сторон не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или третейском разбирательстве, значит, она не принимала участие в первоначальном третейском разбирательстве и не могла использовать свои процессуальные права, например, представить доказательства и участвовать в их исследовании;
- если состав третейского суда не соответствовал соглашению сторон либо применимым правилам, например, дело было рассмотрено единоличным арбитром, вместо формирования состава из трех арбитров, или арбитр не обладал соответствующей квалификацией;
- если измененный состав третейского суда решил заново рассмотреть вопросы, которые уже рассматривались на предыдущих устных слушаниях по делу до замены арбитров.

Указанные выше случаи могут оказать влияние на проверку доказательств и их оценку арбитрами; на мотивы, на которых было основано первоначальное решение, включающие обстоятельства дела, установленные составом третейского суда, на доказательства, на которых основаны выводы третейского суда об этих обстоятельствах.

Исходя из того, что решение третейского суда является окончательным и обжалованию не подлежит, нельзя допускать *наличие двух взаимоисключающих решений*

⁸⁵ Статья 28 Закона о третейских судах

⁸⁶ Часть 1 ст.371 ГПК

третейского суда по одному и тому же спору, например, первоначальное решение было об удовлетворении иска полностью, а в результате повторного третейского разбирательства вынесено решение об отказе или частичном удовлетворении иска. Проблему можно решить, если в применимых правилах МТС ТПП будут содержаться следующие положения:

- понятие *«решение повторного третейского разбирательства»*, т.е. решения, вынесенного по результатам повторного третейского разбирательства;
- полномочие арбитра (состава арбитров) при вынесении решения повторного третейского разбирательства *отменить или изменить первоначальное решение*, по которому отказано в выдаче исполнительного листа;
- *основания проведения повторного третейского разбирательства* должны быть указаны в решении повторного третейского разбирательства;
- *невозможность исполнения* первоначального решения и соответствующее обоснование должны быть указаны в решении повторного третейского разбирательства.

Не менее интересный вопрос - должен ли арбитр (состава арбитров) пересматривать все первоначальное решение или только в части. Сложно дать на него однозначный ответ, так как следует принимать во внимание основание, по которому был принят отказ в выдаче исполнительного листа и материалы конкретного дела. Например, в практике МТС ТПП был случай, когда истец обратился в МТС ТПП с заявлением о проведении повторного третейского разбирательства по делу, так как компетентный суд отказал в выдаче исполнительного листа. В обоснование своих доводов истец представил определения компетентных судов, где было указано, что ответчик был ненадлежаще извещен о слушании дела в МТС ТПП, так как он приговором районного суда был осужден за совершение преступлений и отбывает наказание в исправительной колонии. В ходе повторного третейского разбирательства представитель ответчика по доверенности указал, что ответчик извещен о повторном разбирательстве, понимает последствия и признает иск. В этой ситуации не было необходимости в пересмотре всего первоначального решения или его части.

Гипотетически возможна и такая ситуация, когда проводится повторное третейское разбирательство, по которому уже вынесено повторное решение. Так, компетентный суд может отказать в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения повторного третейского разбирательства. Например, если одна из сторон не была должным образом уведомлена о повторном третейском разбирательстве.

**ПРОБЛЕМА ИСПОЛНЕНИЯ РЕШЕНИЙ МТС ТПП:
ПЕРЕСМОТР ОПРЕДЕЛЕНИЯ СУДА О ВЫДАЧЕ ИСПОЛНИТЕЛЬНОГО
ЛИСТА ПО ВНОВЬ ОТКРЫВШИМСЯ ОБСТОЯТЕЛЬСТВАМ**

Сатаркулова Индира Сабатбековна

*арбитр, член Наблюдательного Совета МТС ТПП,
адвокат*

Данная статья посвящена рассмотрению проблемы, связанной с отказом в выдаче исполнительного листа для принудительного исполнения решений, вынесенных третейскими судами в Кыргызской Республике, анализу полномочий государственных судов, рассматривающих заявления о выдаче исполнительного листа и прогнозированию столкнуться с неисполнимостью данных решений участниками экономических споров. Анализ рассматриваемой проблемы основан на собственной правоприменительной практике автора по принудительному исполнению отдельных решений МТС ТПП в компетентных государственных судах КР.

С 1998 года Кыргызстан является членом Всемирной Торговой Организации, а в 2015 году также стал полноправным членом Евразийского экономического союза, в силу чего на территории Кыргызстана вступили в силу единый таможенный тариф и единая товарная номенклатура внешнеэкономической деятельности ЕАЭС, а также единые требования на продукцию, установленные техническими регламентами таможенного союза. При подобном росте экономики, товарооборота, потребления услуг и развития электронных систем установления и поддержания коммерческих отношений, которые стирают расстояния между их участниками, самым дорогим товаром для субъектов бизнес среды стало время.

Заключая сделку, все ее участники, разумеется, надеются на ее успешное завершение в согласованные сроки, однако не всегда деловые отношения завершаются ожиданиями сторон. Урегулирование возникающих разногласий путем переговоров может потребовать существенных временных затрат и закончиться неспособностью сторон договориться самостоятельно. В этом случае для урегулирования спора стороны вправе обратиться в государственные судебные либо во внесудебные договорные органы.

На сегодняшний день МТС ТПП является самым известным и наиболее предпочитаемым в КР постоянно действующим внесудебным договорным органом по урегулированию споров. Важнейшими достоинствами разбирательства в данном суде являются его независимость от судебного-процессуального законодательства КР, а также окончательность вынесенного решения.

Отдельной привлекательной чертой третейского разбирательства для коммерческих субъектов также является свобода выбора *lex causae*⁸⁷. Для этих целей МТС ТПП предлагает сторонам свободу выбора из списка 204 арбитров из 25 стран мира, готовых принять компетентное, оперативное и беспристрастное участие в урегулировании спора. Иными словами, любое правовое волеизъявление сторон третейского разбирательства не является непредсказуемым для МТС, что закрепляет тенденцию роста доверия коммерческого сектора к третейскому разбирательству.

Итак, по истечении срока рассмотрения спора (в среднем от 3-6 месяцев) третейское разбирательство в МТС ТПП прекращается вынесением решения, которое не всегда исполняется добровольно. Отсутствие добровольного исполнения решения МТС ТПП в сроки, определенные в самом решении, в третейском соглашении или немедленно, свидетельствуют о большой вероятности необходимости применения заинтересованной стороной спора процедуры для *pro-enforcement bias*⁸⁸.

В соответствии с п.2 ст. 418 ГПК КР, введенного в действие Законом КР от 20 января 2017 года № 6 с 1 июля 2017 года, вопрос о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда рассматривается районными и приравненными к ним судами по заявлению стороны третейского разбирательства, в пользу которой вынесено решение третейского суда. По результатам рассмотрения поданного заявления о выдаче исполнительного листа компетентный суд выносит соответствующее определение о выдаче исполнительного листа или об отказе в его выдаче для принудительного исполнения решения третейского суда. В соответствии с п.2 ст.421 ГПК КР и ст.42 Закона о третейских судах основаниями для отказа в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда могут быть следующие:

- 1) если одна из сторон представит суду доказательства о недееспособности одной из сторон при заключении соглашения о передаче спора в третейский суд;
- 2) если одна из сторон не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или третейском разбирательстве;
- 3) если состав третейского суда или процедура третейского разбирательства не соответствовали соглашению сторон либо применимым правилам;
- 4) если решение третейского суда принято по спору, не предусмотренному соглашением сторон или не подпадающему под его условия, или содержит указания по вопросам, выходящим за пределы соглашения. Если указания по

87 Здесь закон, регулирующий существо правоотношения (лат)

88 Здесь, принудительное исполнение (лат)

вопросам, охватываемым третейским соглашением, могут быть отделены от тех, которые не охватываются таким соглашением, то часть решения третейского суда, в которой содержатся указания по вопросам, охватываемым третейским соглашением, может быть приведена в исполнение и в выдаче исполнительного листа на исполнение этой части не может быть отказано;

- 5) если сторона обоснованно заявила о недействительности третейского соглашения, а третейский суд принял спор к рассмотрению и вынес решение по существу спора;
- б) если суд установит, что спор не может быть предметом третейского разбирательства по законодательству КР.

Однако вышеуказанный исчерпывающий перечень оснований подытоживает главное правило исполнительного производства, предусмотренное п.4 ст.420 ГПК КР, согласно которому при рассмотрении заявления о выдаче исполнительного листа *суд не вправе пересматривать решение третейского суда по существу*. Т.е. при отсутствии у компетентного государственного суда вышеуказанных оснований для отказа в выдаче исполнительного листа для принудительного исполнения решения МТС ТПП, применение судом какого-либо иного основания, в том числе, путем пересмотра решения МТС по существу, п.4 ст.420 ГПК КР запрещено.

Вопреки указанным нормам в правоприменительной практике имеется случай длительного разбирательства по выдаче исполнительного листа для принудительного исполнения решения МТС ТПП, в рамках которого районный суд КР первой инстанции, отменил ранее выданное им же определение о выдаче исполнительного листа на основании заявления должника *о пересмотре дела по вновь открывшимся обстоятельствам*. В обоснование судом было указано, что заявленное должником обстоятельство является вновь открывшимся, и не было рассмотрено МТС ТПП. При этом, несмотря на возражения взыскателя, государственный суд, проигнорировал тот факт, что заявленное обстоятельство относилось к существу спора, было надлежащим образом рассмотрено МТС ТПП в ходе третейского разбирательства с дачей ему соответствующей правовой оценки в решении.

При анализе вышеуказанной правоприменительной практики государственного суда, а также с целью повышения информированности взыскателей в порядке соблюдения их законных прав при принудительном исполнении вынесенных в их пользу решений МТС ТПП, автор предлагает обратить внимание на следующее.

Во-первых, в соответствии со ст.35 Закона о третейских судах при разрешении спора по существу третейский суд выносит решение, т.е. при вынесении государственным судом

определения о выдаче исполнительного листа для принудительного исполнения решения МТС ТПП, дело по существу не разрешается, что закреплено в ст.224 ГПК КР. В исполнительном производстве определение компетентного суда является самостоятельным, но сугубо процессуальным документом, в котором не содержатся окончательные выводы суда по рассмотренному делу. Следовательно, отмена государственным судом первой инстанции ранее выданного определения о выдаче исполнительного листа по заявлению должника по вновь открывшимся обстоятельствам грубо противоречит п.1 ст.375 ГПК КР, устанавливающему, что вступившие в законную силу акты суда первой, апелляционной и кассационной инстанций пересматриваются по вновь открывшимся обстоятельствам *судом, принявшим эти акты по существу дела*. Т.е. государственные суды не уполномочены применять основания для отмены судебного акта МТС ТПП по вновь открывшимся обстоятельствам, даже, если составом МТС ТПП были сделаны ошибочные выводы по существу спора.

Однако при этом необходимо отметить, что обычным и ускоренным Регламентами МТС также не предусмотрено право третейского суда пересмотреть принятое им решение по вновь открывшимся обстоятельствам. В соответствии со ст.42 Закона о третейских судах только при наступлении трех оснований, предусмотренных пунктами 2, 3 и 4 указанной статьи, третейский суд, вынесший соответствующее решение, обязан провести повторное третейское разбирательство. Однако любые существенные обстоятельства, способные повлиять на выводы МТС ТПП при рассмотрении спора по существу, должны быть своевременно заявлены заинтересованной стороной в ходе третейского разбирательства. Кроме этого, в ст.32 вышеуказанного закона закреплено право стороны третейского разбирательства в течение 30 дней со дня вынесения решения третейским судом обратиться в третейский суд с заявлением о вынесении дополнительного решения в отношении требований, которые были заявлены в ходе третейского разбирательства, однако не были отражены в решении. Если же, несмотря на предоставленные законодательством права заинтересованной стороной не были своевременно заявлены все факты и обстоятельства, имеющие значения для правильного разрешения дела, то вины МТС ТПП в неверной даче правовой оценки предмету доказывания нет. Обстоятельства же, возникшие после принятия акта МТС ТПП, могут являться основанием для предъявления самостоятельного иска в порядке, предусмотренным третейским соглашением.

Во-вторых, в соответствии со ст.28 и п.1 ст.40 Закона о третейских судах *решение третейского суда является окончательным*, обжалованию не подлежит, т.е. проверка его законности и обоснованности в полномочия государственного суда не входит. Далее,

решение третейского суда исполняется соответствующей стороной добровольно в порядке и сроки, установленные в решении либо по согласованию сторон. Т.е., по сути, случаи отказа от добровольного исполнения решения МТС ТПП одной из сторон и, как результат, вынужденное производство по принудительному исполнению решения суда, являются очередным нарушением должником третейского соглашения и ранее достигнутых договорных обязательств сторон в целом. Действительно, если третейское соглашение сторон содержит четко выраженную волю сторон о признании решения третейского суда окончательным и не подлежащим обжалованию, это, по сути, отклоняет возможность подачи должником ходатайства об отказе в выдаче исполнительного листа, т.к. в соответствии со ст.299 ГК КР (если применимым материальным правом третейского разбирательства избрано законодательство КР) обязательства должны исполняться надлежащим образом в установленный срок и в соответствии с условиями договора. При этом даже отсутствие в третейском соглашении либо в самом решении МТС ТПП сроков его исполнения не может служить должнику основанием бездействия. Действительно, сам факт принятия решения и признания судом наличия у должника обязательств подразумевает необходимость совершения им соответствующих добровольных действий непосредственно после вынесения решения (в том числе и в тот же день).

Бесспорен тот факт, что предусмотренная законодательством КР процедура по принудительному исполнению решения третейского суда своими основными целями имеет защиту охраняемых прав и интересов добросовестного взыскателя, признанных по результатам третейского разбирательства. Как показывает практика, в Кыргызской Республике пока не принята на законодательном уровне прямая система так называемого «двойного контроля»⁸⁹ за решениями третейских судов, а, например, в Германии и Бразилии, такая практика вообще запрещена законодательством. Однако применимые на сегодняшний день основания для отказа в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда не должны являться платформой для превышения государственными судами, предоставленными им процессуальными полномочиями в отношении добросовестных взыскателей. Это особенно важно, т.к. исходя из формулировки п.2 ст.421 ГПК КР и ст.42 Закона о третейских судах («Суд при рассмотрении заявления о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда *вправе отказать в выдаче исполнительного листа...*»), законодатель наоборот предоставил государственным судам право разрешить исполнительное производство даже при наличии оснований для отказа в выдаче исполнительного листа. Таким образом, и при

89

Скворцов О.Ю.. Третейское разбирательство предпринимательских споров в России. Проблемы. Тенденции. Перспективы. //Волтерс Клувер. 2005.С.550.

незначительном нарушении процессуальных правил третейского разбирательства, государственный суд вправе выдать исполнительный лист для принудительного исполнения решения третейского суда.

Автор считает, что для решения рассмотренной и многих иных проблем исполнительного производства, в первую очередь, соответствующее законодательство Кыргызской Республики нуждается в систематизации и включении его в отдельный кодекс. Для этого требуется привлечение ведущих юристов в сфере гражданско-правовых отношений и исполнительного производства, а также представителей бизнес структур, которые совместно смогут составить жизнеспособный Исполнительный кодекс для детального и пошагового урегулирования процедуры исполнительного производства в Кыргызской Республике. Во вторую очередь, особое внимание также потребует уделить на предоставление судьям государственных судов и судебным исполнителям возможности обучиться тонкостям исполнительного производства. Только при повышении профессионального уровня у представителей судебных органов власти, у участников гражданско-правовых отношений может возродиться давно утраченное доверие к системе судебной защиты нарушенных прав.

ПРОБЛЕМА ИЗМЕНЕНИЯ СПОСОБА И ПОРЯДКА ИСПОЛНЕНИЯ РЕШЕНИЯ ТРЕТЕЙСКОГО СУДА

Милащенко Константин Геннадьевич

*арбитр МТС ТПП,
партнер Юридической фирмы «Интеллект и право»,
адвокат*

Как бы не хотелось взыскателям максимально быстро добиться скорейшего исполнения состоявшегося в их пользу решения третейского суда о взыскании долга, в отдельных случаях сделать это быстро не получится, и даже потребуются вновь обратиться в суд.

Справедливости ради надо сказать, что это касается не только решений третейских судов, но и судов общей юрисдикции.

Конституция КР в ст.12 содержит норму, согласно которой *изъятие имущества помимо воли собственника допускается только по решению суда*. Соответственно, если в пользу взыскателя состоялось решение только в виде взыскания денежной суммы, а на счете должника денег нет, исполнить такое решение за счет имущества последнего не получится. Придется вновь обратиться в суд с заявлением об изменении способа и порядка исполнения решения суда.

Есть и другие обстоятельства, которые могут вынудить взыскателя вновь пойти в суд. В частности, если стороны заключили мировое соглашение, но не предусмотрели в нем условия, которые необходимы для принудительного исполнения. Например, стороны установили, что если должник не исполнит условия мирового соглашения, то его имущество, являющееся предметом залога, будет продано с торгов в принудительном порядке.

С одной стороны, суд утвердил такое мировое соглашение своим решением, и обратиться взыскание на имущество возможно. Но с другой, оно не может быть исполнено, т.к. не определены обязательные в таких случаях условия по установлению начальной продажной цены предмета залога, не назначен организатор торгов и пр.

В связи с чем, судебный исполнитель, при исполнении такого мирового соглашения, просто возвратит исполнительный лист с требованием внести в него недостающие обязательные условия. И вот здесь у взыскателя встанет вопрос о том, в какой суд ему нужно обратиться, чтобы добиться возврата долга за счет имущества должника.

Казалось бы, нужно обращаться в суд выдавший исполнительный лист (суд общей юрисдикции), т.к. вопросы исполнительного производства должен решать именно этот суд. Однако в ГПК КР есть ст.209, которая говорит, что *суд, рассмотревший дело*, вправе по

заявлению лиц, участвующих в деле, исходя из имущественного положения сторон или других обстоятельств, отсрочить или рассрочить исполнение решения, а также изменить способ и порядок его исполнения.

Получается, что законодатель фразой «суд, рассмотревший дело», отправляет взыскателя за изменением способа и порядка исполнения решения третейского суда именно в третейский суд.

Третейское же законодательство не содержит специальных норм, которые бы четко давали полномочия арбитрам рассматривать и решать подобные вопросы. Напротив, вопросы вынесения решения, его разъяснения, вынесения дополнительного решения крайне ограничены, как по времени, так и по кругу вопросов по которым они могут быть приняты. В связи с чем, многие арбитры отказывают в удовлетворении заявления об изменении порядка и способа исполнения решения.

Суды же общей юрисдикции, ссылаясь на ст.209 ГПК КР, указывают, что рассмотрение данного вопроса не входит в их компетенцию, и на основании п.1. ст. 221 ГПК КР прекращают производство по заявлению взыскателя.

В итоге взыскатели, избравшие третейский суд в качестве места рассмотрения своего спора, оказываются с решением о взыскании которое невозможно исполнить.

Но следует заметить, что это не проблема третейских судов вообще, это проблема которую искусственно создали в нашей стране.

К примеру, в Российской Федерации, изменение способа и порядка исполнения решений судов производится арбитражными судами, *выдавшими исполнительный лист* на исполнение решения третейского суда (ст.ст. 246, 324 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации).

И это правильный подход. Представьте ситуацию, когда наш суд, который выдал исполнительный лист на решение иностранного суда (не важно арбитража или местного суда) отказывает в рассмотрении заявления об изменении способа и порядка обращения взыскания, и предлагает взыскателю опять обратиться в иностранный суд, рассмотревший дело, за разрешением данного вопроса. В государстве суда рассмотревшего дело может и вовсе не существовать процедуры изменения способа и порядка исполнения решения суда, либо существовать совсем иные правила для обращения взыскания на имущество должника.

В связи с чем, оптимальным решением было бы внесение соответствующей поправки в ст.209 ГПК КР, заключающейся в изменении фразы «суд, рассмотревший дело».

Но, что делать до внесения соответствующей поправки? За ответом на данный вопрос обратимся к самой процедуре, которая проводится при рассмотрении подобных заявлений в судах общей юрисдикции.

В суде общей юрисдикции по заявлению взыскателя об изменении способа и порядка исполнения решения суда, судьей проводится процесс с участием сторон и выносится определение об изменении способа и порядка исполнения решения. На основании принятого определения, судьей выписывается новый исполнительный лист, в котором указывается имущество, на которое необходимо обратить взыскание и иные необходимые сведения. При этом государственной пошлиной рассмотрение вопроса об изменении способа и порядка исполнения решения суда не оплачивается (аб.2 п.15 ч.1 ст.6 Закона КР «О государственной пошлине»).

Возможно, третейский суд мог бы по аналогии с судами общей юрисдикции проводить рассмотрение заявления об изменении способа и порядка исполнения решения суда, т.е. назначить дату слушания по поданному заявлению без взимания пошлины, рассмотреть заявление и вынести определение. В соответствии с аб.2 ст.35 Закона о третейских судах по вопросам, не затрагивающим существа спора, третейский суд выносит определение, которое должно быть мотивированным.

При этом, конечно, кто-то может возразить, указав, что глава 46 ГПК КР содержит нормы о выдаче исполнительного листа только в отношении *решений* третейского суда, а про определения в ней ничего не сказано. Да, это так. Но из собственной практики признания и приведения в исполнение решений иностранных судов, которые регулируются главой 48 ГПК КР, могу сказать, что определения российских судов об утверждении мировых соглашений, признаются и приводятся в исполнение судами общей юрисдикции, несмотря на то, что сама глава ГПК КР так же содержит указание только на решение.

В связи с чем, до внесения соответствующих поправок в ГПК КР, предложил бы арбитрам собраться и обсудить возможность рассмотрения и удовлетворения заявлений взыскателей об изменении способов исполнения решений третейского суда, с вынесением по ним определений, дабы не оставлять взыскателей с решением третейского суда которое невозможно исполнить. Можно обсудить так же данный вопрос с представителями судебного сообщества.

ПРИЗНАНИЕ И ОБЕСПЕЧЕНИЕ ИСПОЛНЕНИЯ РЕШЕНИЯ СПОРТИВНОГО АРБИТРАЖНОГО СУДА В ГРЕЦИИ

Апостолос Антимос

адвокат (Солоники, Греция),

Член специальной группы по Внесудебному разрешению споров (Прага)

Недавнее постановление суда первой инстанции в Салониках объявило о том, что в Греции решение Спортивного арбитражного суда (далее – САС) может быть принудительно осуществлённым в судебном порядке. Это постановление знаменательно не только для Греции, но, вероятно, для Европы тоже, если не глобально. Решение, безусловно, будет положительно воспринято САС, поскольку оно внедряет то, что неоднократно и широко поддерживалось, а именно, что решения САС должны признаваться и исполняться в соответствии с Нью-йоркской конвенцией. Тем не менее, с точки зрения Греции есть некоторые вопросы, нуждающиеся в разъяснении.

1. Факты

Болгарский футболист добивался признания принудительного исполнения решения о возмещении убытков футбольным клубом, находящимся в Салониках, согласно договора о найме между сторонами. Клуб отказался оплатить определенную сумму заработной платы и расходов за аренду. По-видимому, болгарский игрок попросил включить условие об арбитраже в пользу САС, чтобы избежать судебных разбирательств в соответствии с внутренним законодательством, которое было принято клубом.

Спортивный арбитражный суд вынес решение в 2009 году, согласно которому клуб был обязан выплатить игроку сумму в размере 60,840 € в качестве заработной платы, арендных расходов и покрытия арбитражных расходов. Обычно решения САС принимаются сторонами, которые опасаются надвигающихся последствий в случае нежелания сделать это, таких как выбывание из высшей лиги или вычет очков⁹⁰. Однако, даже это довольно фатальное развитие может не «убедить» проигравшую сторону выполнять решение САС; что и произошло в данном случае. Как следствие, спортсмен добивался признания принудительного исполнения постановления САС греческим судом.

2. Постановление:

⁹⁰ *Равиани*, Спортивный арбитражный суд: специальная форма международной делегации, Бюллетень САС 1/20106 20 I

Суд первой инстанции в Салониках⁹¹ применил Конвенцию 1958 года «О признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений», которая была ратифицирована Грецией в 1961⁹² году. Клуб был вызван должным образом заявителем, но не появился на слушании. В свете вышесказанного суд не вдавался в какое-либо рассмотрение требований, установленных ст.V1 Нью-Йоркской конвенции. С другой стороны, он рассмотрел препятствия, регулируемые ст.V2 Нью-Йоркской конвенции, т.е. возможность разрешения спора в арбитражном суде⁹³ и нарушение государственной политики Греции⁹⁴.

Суд был очень лаконичен в отношении второго основания для отказа: он просто заявил, что признание и обеспечение соблюдения постановления САС не противоречит внутренней государственной политике, подтверждая тем самым формулировку Статьи V.2 Нью-Йоркской конвенции. Что касается первого основания, суд вынес решение в пользу возможности разрешения спора в арбитражном суде, ссылаясь на спор, касающийся внутреннего прецедентного права⁹⁵, в силу чего подобные по характеру внутренние случаи подлежат рассмотрению греческим спортивным арбитражем, даже если запрашиваемая сумма исходит из трудового договора на определенный срок.

3. Комментарии

В Греции нет прецедента, и, насколько мне известно, есть только одно подобное решение, опубликованное глобально⁹⁶. Следовательно, решение заслуживает внимания, главным образом потому, что это первый прецедент, который подтверждает мнение, широко освещаемое в библиографии спортивного права⁹⁷, что решения САС должны быть признаны

⁹¹ Суд первой инстанции Салоники №7528/2013, Обзор гражданского судопроизводства, стр. 109 и далее

⁹² Указ Президента №4220/1961, официальная газета А73/1961

⁹³ *Керамеус/Кондилис/Никас(-Фустукос)*, Комментарий к гражданскому судопроизводству II (2000), Ст. 903, №. 9 [на греческом], Апалагаки/Триантафилидис, Комментарий к гражданскому судопроизводству, Ст. 903, №. 7 [на греческом].

⁹⁴ *Керамеус/Кондилис/Никас(-Фустукос)*, Комментарий к гражданскому судопроизводству II (2000), Ст. 12 [на греческом], Апалагаки/Триантафилидис, Комментарий к гражданскому судопроизводству, Ст. 867, №. 5 и 906, №. 2 [на греческом], Куслулис, Закон об арбитраже (2006), стр. 163 [на греческом], Арбитражный суд Афин 6815/1994, Дике 1995, стр. 905 и далее

⁹⁵ Арбитражный суд Афин №. 1556/1994 Арменопулос 1994, стр. 464 и далее, Арбитражный суд Афин 4496/2008, Греческая юстиция 2009, стр. 555 и далее

⁹⁶ Superior Tribunal da Justiça 19.4.2006, Revista Brasileira de Arbitragem 2006 (11), 124 ет. В отличие от греческого постановления, в бразильском случае САС вынес решение по чисто коммерческому спору о правах на вещание в сфере спортивного вещания и правах на распространение.

⁹⁷ *Панагитопулос*, Спортивное право, том II (2006), стр. 200 и далее [по-гречески], также, дело М о допинге: спортивная система юрисдикции и правомочность судебных решений, Legal Tribune 2005, стр. 1200 и далее [на греческом языке], МаКларен, в: Нафцигер / Росс (ред.), «Справочник по международному спортивному праву» (2011), с. 40, Блэкшоу, Третейский суд в спорте: Международный форум по эффективному урегулированию споров «В спортивной семье», Закон о

в соответствии с Нью-йоркской конвенцией 1958 года. В частности, широко принято то, что решения САС следует рассматривать как арбитражные решения Швейцарии на основе принципа территориальности суда, который находится в Лозанне, Швейцария⁹⁸.

а. Как упоминалось ранее, суд в Салониках постановил, что постановление САС не нарушало греческую государственную политику. Действительно, Спортивный арбитражный суд является широко признанным и принимаемым во всем мире специальным судом, занимающимся разрешением спортивных споров⁹⁹, некоторые из которых связаны с участием греческих клубов и спортсменов¹⁰⁰; это было установлено в соответствии с принципами верховенства права; его юрисдикция была принята международными и национальными федерациями спорта¹⁰¹. Следовательно, объявление решения САС как противоречащего государственной политике, потребует конкретных фактов и обстоятельств, по которым суд мог бы отказаться от его признания и исполнения. Однако греческий клуб отказался от оплаты и такие факты не были очевидны из материалов дела.

б. С другой стороны, суд знал, что спор возник из трудового договора¹⁰². Статья 867 в Гражданского процессуального кодекса Греции непреклонна в этом отношении: споры,

зрелищах 2003 года, том. 2, № 2, стр. 81, Вакс, *Internationales Sportrecht* (2009), стр. 130. Эта точка зрения была недавно подтверждена Верховным судом Швейцарии, см. «Леви», Швейцарский федеральный суд оспаривает решение САС в знаменательном решении: ФИФА против Матузалем, «журнал международного спортивного законодательства 2012», том 1/2, стр 37 I.

⁹⁸ *МакКларен, в: Нафцигер / Росс* (ред.), «Справочник по международному спортивному праву» (2011), стр. 40, Миттен, Судебный обзор олимпийских и международных спортивных арбитражных решений: тенденции и наблюдения, в: Нафцигер (ред.), *Транснациональный закон о спорте* (2013), стр. 695 = Закон о разрешении споров в журнале Пеппердине, 2009, стр 62. Место принятия решения не изменяется, даже если САС рассматривает дела в другом месте, так как оно имеет место в ходе Олимпийских игр, то есть когда споры рассматриваются в месте, где проводятся Игры каждый раз, Миттен, см. выше, примечание 67. В отношении критерия территориальности подробно см. Каиссис. Аспекты государственной политики в отношении признания и применения решений иностранных судов и арбитражных решений (2003), стр. 180 и далее [по-гречески].

⁹⁹ Среди многих других, см. *Блэкишоу*, Спортивный арбитражный суд: Международный форум для эффективного урегулирования споров «В спортивной семье», Закон о развлечениях 2003 года, том 2, No 2, стр. 61 и Кейн, двадцать лет спустя: оценка спортивного арбитражного суда, *Мельбурнский журнал по Международному праву* 2003, стр. 611 и далее

¹⁰⁰ См Дедес/Заглис, Спортивный арбитражный суд Лозанны (2006), стр. 47 и далее [на греческом].

¹⁰¹ Это не подходящее место для обсуждения вопроса о том, могут или не могут стороны принять решение о представлении своих дел в юрисдикцию САС. Следует, однако, отметить, что Мюнхенский окружной суд совсем недавно признал аналогичную статью недействительной, исходя из «структурного дисбаланса» сторон [strukturelles Ungleichgewicht], см. LG München 26.2.2014 Az. 37 O 28331/12, не содержится в сборнике судебных решений. Для первой оценки немецкого решения суда, см. Schulze, *Präklusion von Grundrechtsverstößen bei Anerkennung ausländischer Schiedssprüche - zu LG München vom 26.2.2014, I - 37 O 28331/12* (Claudia Pechstein), в: Geimer / Kaissis / Thümmel (Hrsg.), *Festschrift für Rolf A. Schütze zum 80. Geburtstag, München 2014*, предстоит включить. Что касается этой довольно интригующей проблемы, см. углубленный анализ Хааса, Роль и применение статьи 6 Европейской конвенции по правам человека в процедурах САС, *Обзор Международного спортивного права* 2012, стр. 43 и последующие.

¹⁰² Для характера контракта между профессиональными спортсменами и их работодателем в Греции см. *Панагиотопулус*, Спортивное право, том I (2005), стр. 395 и последующие [по-гречески], Дедес,

регулируемые трудовым правом, несомненно, исключены из (внутреннего) арбитража¹⁰³, Однако, суд не упомянул об этом положении. Оно упоминается только в соответствующем прецедентном праве, в котором рассматривается модель разрешения внутреннего спора в соответствии с Греческой Конституцией¹⁰⁴. Когда дело доходит до описания юридического характера этого механизма разрешения споров, все становится сложнее и внутренние особенности становятся очевидными¹⁰⁵. Главное заключается в том, что в соответствии с действующим законодательством и прецедентным правом, статус Греческой федерации футбола [HFF] равен статусу постоянного арбитражного суда¹⁰⁶, несмотря на постоянные противоположные взгляды ученых-юристов, которые утверждают, что эти группы не имеют легитимности и нарушают принцип законности назначения судьи, закрепленный в ст. 8.1

Лехтоненское постановление Европейского суда и зависимость работы атлетов, Армепулос 2002, стр. 193 и далее [по-гречески]. В отношении внутреннего прецедентного права, см. суд 1-й инстанции Тессалоники № 421/1994, Армепулос 1994, стр. 461, Пирейский суд 1-й инстанции № 13611/1991, Обзор Закона о труде 1992 года, стр. 477, арбитражный суд Трасы № 221/1992, Армепулос 1992, стр. 1240 (договорная связь между клубом и тренером), Афинский арбитражный суд № 1905/1996, Греческое правосудие 1998, стр. 138 и последующие, суд 1-й инстанции Корфу № 123/2004, Обзор ионийского закона 2004, стр. 205, Афинский суд первой инстанции № 6219/1998, Legal Tribune 1999, стр. 1322 (договорные отношения между клубом и профессиональным баскетбольным игроком).

¹⁰³ 4 *Керамус / Кондилис / Никас (-Фустукос)*, Комментарий к Гражданскому процессу II (2000), стр. 867, № 5 [на греческом]. С точки зрения Нью-Йоркской конвенции, см. Вервениотис, Международный коммерческий арбитраж I (1990), стр. 211 [по-гречески]. Этой линии постоянно следуют греческие суды, см. Верховный суд № 754/1989, Греческое правосудие 1991, стр. 517, Пирейский арбитражный суд № 869/2007, Дике 2007, стр. 747, и особенно в отношении признания и исполнения иностранных арбитражных решений, см. Верховный суд 250/1990, обзор правоведов Греции 1990, с. 717. Что касается применения Нью-Йоркской конвенции о трудовых спорах в сравнительной перспективе, см. Квинке, в: Вольф (ред.), Решения на основе Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений - Комментарий (2012), стр. 401, № 476.

¹⁰⁴ Афинский арбитражный суд № 1556/1994, Армепулос 1994, стр. 464 и далее. = Греческая юстиция 1994, стр. 1108 и далее, с противоположным замечанием Валмантониса, стр. 1110, и Афинский арбитражный суд № 4496/2008, Греческая юстиция 2009, стр. 555.

¹⁰⁵ См. Подробное описание *Панагитопулос*, Спортивное право I (2005), стр. 399, примечание. 755, Верховный суд № 1143/1989, Обзор трудового законодательства 1990, стр. 680, Верховный суд № 377/2006, НОМОС (юридическая база данных), Афинский арбитражный суд № 602/1995, Бюллетень по трудовому законодательству 1996 года, стр. 26, Афинский арбитражный суд № 5937/2003, Греческая юстиция 2004, стр. 192, Афинский арбитражный суд № 8585/2000, «Архив прецедентных дел» 2001, стр. 498, Афинский арбитражный суд 712/2003, Греческая юстиция 2004, 497, Афинский арбитражный суд 2225/2009, Греческая юстиция 2010, стр. 499, Арбитражный суд Патраса 179/2004, Греческий краткий обзор судебной практики 2005, стр. 440, Пирейский суд первой инстанции № 5240/2000, Пирейский краткий обзор судебной практики 2002, стр. 487. См. также резолюцию № 64/2004 Апелляционной комиссии по финансовым спорам греческой футбольной федерации, Закон о Компаниях и Предприятиях 2005, стр. 216 и последующие, с примечанием от Табакиса, который поддерживает мнение, что ст. 867 ГПК Греции была заменена последующим законодательством по этому вопросу, а именно ст. 95 Закона № 2725/1999. Наконец, см. также постановление Комиссии по Профессиональному Спорту 4.6.2007, Армепулос 2009, стр. 760 и далее.

¹⁰⁶ Подробно у *Теллиса*, Дополнительные способы полу-косвенного применения в отношении претензий спортсменов к спортивной компании, исследование коммерческого права 2005, стр. 37 и последующие, Христофоридес, Профессиональный футбол (2011), стр. 61 и последующие, Суд 1-й инстанции Лариссы №. 15/2006, Дикография (Обзор ассоциации юристов Лариссы) 2006, стр. 581. Что касается назначения судей в Советы и группы по рассмотрению споров см. юридическое заключение Государственного правового совета № 120/2008, в: НОМОС (Юридической базе данных).

Конституции Греции¹⁰⁷. Вопрос, по-прежнему остается нерешенным. Как дела обстоят сегодня, однако, было бы непоследовательным принять обоснованность решений советов Греческой федерации футбола (НФФ), с одной стороны, а с другой – отказаться от их признания и приведения в исполнение иностранных арбитражных решений по тем же вопросам. В дополнение к вышесказанному, обоснование исключения трудовых споров не имеет подтверждения в данном случае: это была слабая сторона, так как это игрок включил арбитражную оговорку о САС в контракт, а не клуб. Таким образом, решение было правильным не принимать во внимание внутреннее положение (статья 867 в Греческого ГПК), несмотря на критику по поводу системы разрешения спортивного спора в стране¹⁰⁸.

с. Тем не менее, в принятом решении есть еще один досадный момент: в соответствии со ст.1.3. Нью-йоркской конвенции, любое государство может заявить, что *оно будет применять конвенцию только в отношении различий, возникающих из правовых отношений, будь то договорные или нет, которые считаются коммерческими в соответствии с национальным законодательством государства*, Греческая Республика задекларировала это¹⁰⁹, в силу чего греческим судам разрешено признавать и обеспечивать соблюдение только тех иностранных арбитражных решений, которые считаются коммерческими согласно греческому законодательству. Следовательно, *prima facie*, похоже, является проблемой в связи с решениями САС, касающимися трудовых споров, поскольку: а) отношения между клубом и футболистом постоянно обозначались в национальных судах как

¹⁰⁷ Делияннис / Скурис, О юридическом статусе спортивного судьи и законности его дисциплинарных полномочий, Арменопулос 1986, стр. 580 и последующие., Керамеус / Кондилис / Никас (-Фустоукос), Комментарий к гражданскому судопроизводству II (2000), Введение в ст. 867-903, № 6 [на греческом языке], Калаврос, О юрисдикции гражданского суда по спортивным спорам, Legal Tribune 1986, стр. 538, Никас, Об обоснованности подачи споров между профессиональными игроками-баскетболистами и их клубами в советы по разрешению финансовых споров для баскетбола, Арменопулос 1994, стр. 506 и последующие, Никас / Кукиадис, Процедурные вопросы, вытекающие из обращения в Совет по разрешению финансовых спорных споров, Арменопулос 2003, стр. 911 и последующие, Табакис, Занятость и спортивные контракты. Процедура разрешения споров советами и судами, Бюллетень по трудовому законодательству 1994, стр. 1061 и последующие, то же самое, Предоставление спортивных услуг, Обзор законодательства о труде 2000, стр. 293 и последующие, то же самое, Трудовое право и арбитраж, Бюллетень законов о труде 2000, стр. 2 и последующие, например, Отношения при занятости в спортивном секторе, Бюллетень по трудовому законодательству 2001, стр. 263 и последующие, то же, трудовые отношения в спорте после Закона 3057/2002, Бюллетень законов о труде 2002, стр. 1687 и последующие, трудовые отношения платных / профессиональных спортсменов. Футболисты, Трудовое законодательство Бюллетень 2003, стр. 1283 и последующие, Те же трудовые отношения в спорте после Закона 3262/2004, Бюллетень законодательства о труде 2004, стр. 1668 и последующие, Маринос, Спортивные споры и законодательный запрет на их разрешение государственными судами, Lex Sportiva 2009, стр. 48 и последующие, Зубулис, какой судья для спорта ?, Lex Sportiva 2009, стр. 58 и последующие, Манаракис, условие об арбитраже статьи 131 Закона N 2725/1999, Lex Sportiva 2009, стр. 50 и последующие, Валмантонис, Занятость футболистов и спортивные споры, Трудовые отношения в спорте после Закона 3057/2002, Бюллетень по трудовому законодательству 1994 г., стр. 1057 и последующие.

¹⁰⁸ См. предыдущую ссылку

¹⁰⁹ См. Статью 2 I Указа Президента 4220/1961.

контракт на работу¹¹⁰, и б) Греция явно исключает некоммерческие споры из сферы применения Нью-йоркской конвенции¹¹¹. Необходимо подчеркнуть, что Верховный суд отказал в исполнении иностранных арбитражных решений именно на упомянутых выше основаниях (но не в спортивных спорах)¹¹².

В свете новизны вопроса я вижу два варианта: во-первых, преодолеть барьер декларирования по аналогии с внутренним законодательством, как описано выше; или второй, строго применять формулировку декларации и отказывать в признании и приведении в исполнение решений САС, что, разумеется, ускорит решение вопроса в сторону САС и международных спортивных федераций. Тем не менее, есть третий вариант, который уже отражен в международном контексте¹¹³: отменить или хотя бы ограничить охват декларации, чтобы сделать исключение для решений САС. Однако для того, чтобы это произошло, должно быть решение государства, которое держит поводья. До тех пор греческие суды должны найти выход из этой головоломки ...

¹¹⁰ См выше ссылку 13.

¹¹¹ Это отражено в работе Куслулиса, Арбитраж - Комментарии, (2004), стр. 152, № 11 и стр. 285, №. 5 [на греческом языке], который воздерживался от включения трудовых споров в свой анализ понятия подсудность арбитражу, оба в соответствии с законом 2735/1999, о международном коммерческом арбитраже и в соответствии с Нью-Йоркской конвенцией. Для сравнительного обзора по этому вопросу, см. Багнер, в: Кронке / Насименто / Отто / Порт (ред.), Признание и исполнение иностранных арбитражных решений (2010 г.), стр. 33 и последующие.

¹¹² Верховный суд № 250/1990, Обзор правоведов Греции, 1990, стр. 717

¹¹³ См. в этом отношении Багнер, в: Кронке / Насименто / Отто / Порт, стр. 33, примечание 64 и Эле, в: Вольф (ред.), Новая Нью-Йоркская конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений - Комментарий (2012 год), стр. 81, примечание 375

СПЕЦИФИКА ТРЕТЕЙСКОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА С ПОЗИЦИИ АДВОКАТОВ

Сыдыкова Венера

директор Учебного центра при Адвокатуре КР

Реализуемая в Кыргызской Республике судебная реформа обнажила недостатки современной судебной системы. Адвокаты как непосредственные участники судебных процессов ежедневно сталкиваются с ситуациями неправильного применения судами норм материального права, нарушением процедурных и процессуальных норм, пренебрежением этическими правилами профессии судьи и многими другими негативными явлениями, которые сопутствуют отечественному судопроизводству. Если в случае с уголовными делами альтернативы для внесудебной защиты прав и свобод граждан нет, то в гражданских делах такая альтернатива присутствует. Принятый в 2017 году Закон КР «О медиации» также свидетельствует о тенденции к более активному использованию внесудебных способов разрешения споров. Однако наиболее востребованным с точки зрения альтернативы государственным судам является третейский суд.

МТС ТПП вправе рассматривать и разрешать по существу споры, возникающие из гражданских правоотношений, включая инвестиционные споры, подведомственные компетентному суду, за исключением отдельных категорий споров, установленных законом. Следовательно, третейский суд представляет собой реальную альтернативу государственным межрайонным судам Кыргызской Республики. Поскольку вопрос о передаче дела на рассмотрение третейского суда определяется сторонами по договору, это автоматически сужает область компетенции третейского суда. Так, в третейском суде нельзя рассмотреть дела по жалобам на постановления и иные действия (бездействие, отказ в совершении действия) судебного исполнителя; об установлении фактов, имеющих юридическое значение (юридических фактов); о восстановлении прав по утраченным ценным бумагам; о банкротстве (несостоятельности); о возмещении вреда, причиненного жизни или здоровью гражданина; о защите чести, достоинства и деловой репутации; возникающие из наследственных правоотношений; касающиеся порядка и условий вступления в брак и прекращения брака; касающиеся личных и неимущественных отношений, возникающих в семье между супругами, между родителями и детьми, между другими членами семьи; возникающие в связи с усыновлением, опекой и попечительством, принятием детей на воспитание; возникающие при регистрации актов гражданского состояния; споры, в

отношении которых законом установлена невозможность их передачи на разрешение третейского суда.

При этом, если бы все экономические, в том числе, инвестиционные споры, а также споры, вытекающие из договорных обязательств, передавались на рассмотрение третейского суда, это оказало бы существенное влияние на качество рассмотрения таких споров, а также обеспечение максимальной беспристрастности и компетентности суда. Практика, сложившаяся в Кыргызской Республике, показывает, что далеко не все субъекты договорных обязательств, заключая соглашение, предусматривают в нем арбитражную оговорку. Прежде всего, это обусловлено низким уровнем договорной дисциплины, присущим отечественному правопорядку. Зачастую даже самые сложные договорные отношения оформляются в формализованные договоры, неточно отражающие сущность достигнутого соглашения, либо вообще не оформляются, базируясь на доверии, которое стороны испытывают друг к другу. В связи с этим для правоприменительной практики Кыргызской Республики было бы полезно, если бы адвокаты принимали активное участие в преддоговорных процедурах, чтобы иметь возможность рекомендовать своим клиентам включать текст арбитражной оговорки в разрабатываемые договоры и соглашения. Таким образом будет обеспечена популяризация третейского суда как альтернативной формы разрешения гражданско-правовых споров. Вместе с тем, необходимо понимать, что для многих адвокатов Кыргызской Республики участие в третейском разбирательстве представляется несколько затруднительным ввиду объективного отсутствия опыта. Третейское разбирательство имеет по сравнению с рассмотрением дел в государственных судах значительные преимущества, в первую очередь, для адвокатов, представляющих интересы клиентов. К таким преимуществам можно отнести и квалифицированный состав арбитров, хорошо разбирающихся в тонкостях отечественного гражданского, корпоративного, земельного, инвестиционного законодательства, и четкое соблюдение регламента рассмотрения дела, и эффективную реализацию принципов состязательности процесса, и возможность обеспечения требований и последующего принудительного исполнения решения. При этом имеется определенный недостаток, который, по мнению многих адвокатов, является существенным препятствием к повсеместному использованию третейского разбирательства в качестве альтернативной формы разрешения гражданско-правовых споров. Это окончательность решения третейского суда и отсутствие возможности его дальнейшего обжалования. Вся привычная судебная система Кыргызской Республики строится на принципе «подстраховки». То, что не получилось в первой инстанции, можно исправить во второй. То, что не удалось доказать во второй инстанции, можно смело обжаловать в

Верховном суде. Иерархия судебной системы выступает гарантом права адвоката на ошибку. Безусловно, не все представители адвокатского сообщества рассчитывают на последующие инстанции как на возможность исправить допущенные недочеты либо добиться справедливости. Многие адвокаты, особенно те, кто представляет корректно сформированную, обоснованную и законную позицию по делу, наоборот, отсутствие возможности обжалования решения суда воспринимают как позитивный аспект процессуальной деятельности. Однако, нужно признать, что указанная особенность третейского разбирательства препятствует эффективному применению данной формы рассмотрения споров.

Также с точки зрения адвоката, который, возможно, будет рекомендовать своим клиентам предусмотреть в тексте договора арбитражную оговорку, можно говорить об определенной *закрытости третейского суда* для юридического сообщества. Существование самого института третейского суда, нормативно-правовой базы, регулирующей его деятельность, бесспорно, является общеизвестным, однако, представление о регламенте третейского разбирательства, особенностях сбора и представления доказательств, процессуальном статусе сторон и их представителей, правилах назначения и полномочиях арбитров, как правило, у большинства адвокатов отсутствует. Вместе с тем, более широкое освещение деятельности третейского суда, возможно, на практических примерах с обеспечением полной конфиденциальности, позволило бы адвокатам сформировать необходимое правильное понимание основных процедурных аспектов, что послужило бы поводом к дальнейшему распространению этой формы разрешения споров. Зная об особенностях третейского разбирательства, адвокаты могли бы более уверенно оперировать данными при определении порядка разрешения споров в том или ином соглашении.

Таким образом, участие адвокатов в третейском разбирательстве является перспективной сферой профессиональной деятельности тех специалистов, которые специализируются в вопросах договорного и инвестиционного права. Адвокаты должны иметь самостоятельное мнение о преимуществах и недостатках третейского разбирательства, уметь донести до клиента соответствующую информацию, а также разъяснить ему позитивные и негативные аспекты принятия решения о передаче спора на рассмотрение третейскому суду. Популяризация третейского суда среди адвокатского сообщества будет способствовать, в конечном итоге, продвижению идеи верховенства права, что особенно важно при формировании правовой репутации Кыргызской Республики на международной арене, в спорах с участием иностранных инвесторов. Для адвокатов это, в свою очередь, отличная возможность не только получить навыки участия в третейском разбирательстве, но

и выйти на качественно новый уровень оказания правовой помощи, приближенный к международным стандартам деятельности негосударственного суда.

МЕЖДУНАРОДНЫЙ ПУБЛИЧНЫЙ ПОРЯДОК: ПРЕДЕЛЫ ПОЛНОМОЧИЙ АРБИТРАЖА

Жолдошев Жоомарт

арбитр МТС ТПП, арбитр KLSCA

В настоящей статье я остановлюсь на понятии *международного публичного порядка*, который стал основанием для отмены решения специального арбитражного суда (ad hoc) в международном арбитражном разбирательстве между гражданином Латвии Валерием Белоконем и Кыргызской Республикой.

История дела такова. 2 августа 2011 года, гражданин Латвии В.Белоконь инициировал арбитражное разбирательство о взыскании возмещения в размере 33 миллиона долларов США за экспроприацию ЗАО «Манас Банк» (далее - Манас Банк), согласно ст.9.2 (d) Соглашения между Правительством Латвийской Республики и Правительством Кыргызской Республики от 22 мая 2008 года о поощрении и защите инвестиций и согласно ст.3 Арбитражного регламента Комиссии ООН по праву международной торговли 1976 года (ЮНСИТРАЛ).

Своим решением, вынесенным в Париже 24 октября 2014 года, специальный арбитражный суд (ad hoc), обязал Кыргызскую Республику выплатить господину В.Белоконю сумму в размере 15,2 миллиона долларов США в качестве возмещения ущерба, причиненного в результате потери им своих инвестиций, и отклонил дополнительные выплаты, представленные в иске.

Однако 22 января 2015 года Кыргызская Республика подала апелляционную жалобу на это решение. Постановлением Парижского Апелляционного суда от 21 февраля 2017 года решение специального арбитражного суда (ad hoc) было отменено. Мотивировка сводилась к следующему: признание или исполнение решения, которое могло бы привести к тому, что господин Белоконь может получить выгоду от доходов от преступной деятельности *явно, действительно и конкретно нарушает международный публичный порядок*.

В апелляционном суде Кыргызская Республика заявила, что большая часть деятельности Манас Банка с момента его создания и за все время его существования была направлена на достижение единственной цели: внедрение системы отмывания денег и/или уклонение от уплаты налогов. В качестве доказательств Кыргызская Республика представила документы 1) об отношениях между гражданином Латвии В.Белоконь и гражданином Кыргызской Республики М.Бакиевым (сыном экс-президента К.Бакиева), 2) об условиях

приобретения Инсан Банка (в последующем переименован в Манас Банк), 3) о контроле за Манас Банком, 4) о связях Манас Банка с Латвийским банком «Baltic International Bank» (также принадлежащий господину В.Белоконь), и 5) об объёмах и структурах операций, реализуемых Манас Банком.

В итоге, Парижский Апелляционный суд пришел к выводу, что существуют серьезные, точные и согласованные указания на то, что Манас Банк был выкуплен господином Белоконем для развития в государстве, где его привилегированные отношения с держателем экономической власти обеспечили ему отсутствие эффективного контроля за его деятельностью, методы отмывания денег, которые не смогли процветать в менее благоприятных условиях Латвии, что объем и структура транзакций, совершенных банком, который был в удручающем состоянии на момент его покупки господином Белоконем в конце лета 2007 года, не имеют отношения к состоянию экономики Кыргызстана и, что такой поразительный успех за столь короткое время в такой бедной стране не может быть объяснен с точки зрения общепринятой банковской практики.

Считая, что запрет на отмывание денег является одним из принципов, по которым французский правовой режим не может смириться с нарушениями, даже в международном контексте; что, вследствие этого, это нарушение связано с международной общественной практикой, а также, учитывая, что борьба с отмыванием денег, как результат преступной деятельности, является предметом международного консенсуса, отраженного, в частности, в Конвенции ООН против коррупции, подписанной 140 государствами в Мериде 9 декабря 2003 года, и вступившей в силу 14 декабря 2005 года, Парижский Апелляционный суд отменил решение специального арбитражного суда.

Принимая во внимание, что контроль, проведенный судьей по отмене арбитражного решения в соответствии со ст.1520 Гражданско-процессуального кодекса Франции заключается в том, чтобы убедиться, что исполнение решения не позволило одной из сторон воспользоваться доходами, полученными в результате преступной деятельности, анализ, осуществляемый для защиты международного публичного порядка, не ограничивался доказательствами, представленными членам арбитражной комиссии, и не был связан с полученными ими выводами, оценками и квалификацией.

Французские суды когда-то были хорошо известны своим широким и чрезмерным использованием *международного публичного порядка*. Настолько, что некоторые говорили, что они злоупотребляют им, особенно в период до второй мировой войны. Они находят нарушение международного публичного порядка, если применение иностранного права или приведение в исполнение иностранных решений несовместимо с «принципами

универсального правосудия, которые, по мнению французского общественного мнения, имеют абсолютную международную ценность» или «основными правилами, на которых организована социальная, политическая и экономическая жизнь Франции, включая ее приверженность делу защиты прав человека прав и основных свобод». Иллюстративные примеры включают отказ французских судов от применения иностранного права, запрещающего торговлю с определенной нацией; отказ признать или обеспечить соблюдение иностранных решений в связи с незаконными сделками с наркотиками или оружием, преступной деятельностью и религиозной, расовой или сексуальной дискриминацией; и проведение контракта, который нарушил эмбарго, введенное резолюцией ООН. Согласно международному арбитражу, Гражданский процессуальный кодекс Франции дает понять, что решение может быть отменено, если признание или принуждение «явно противоречат международной публичной политике». В нем также предусматривается, что признание или приведение в исполнение иностранных или международных арбитражных решений не должно противоречить международной публичной политике.

Между тем, оговорка о публичном порядке требует осторожного и деликатного обращения, как тонкий хирургический инструмент. Один английский судья в XIX веке высказался о нем следующим образом: «Оговорку о публичном порядке можно сравнивать с необъезженной лошадейю, и того, кто попытается ее оседлать, может унести бог весть куда, в сторону совершенно от здравого смысла».

История показывает, что понятие общественного порядка (*ordre public*) или государственной политики, является внутренним по происхождению и в настоящее время является незаменимой концепцией всех систем национального права. Даже при отсутствии законодательных положений, гарантирующих его приоритет, оно по-прежнему применяется либо как самоочевидное понятие или как часть обычного права. Присущая трудность четкого определения смысла и последствий публичного порядка возникает из-за его зависимости от контекста. Другими словами, различные политические, социальные и экономические условия, сложившиеся в данный период публичного порядка для каждой национальной правовой системы, превращают его в «туманную концепцию». Тем не менее, не следует полагать, что публичный порядок полностью аморфное понятие. В своих усилиях по его определению ученые подчеркивали либо его прикладные эффекты, либо его объект. В первом случае они считают невозможным участникам обходить публичный порядок. Во втором - они рассматривают защиту основных интересов государств и создание правовых основ фундаментальных ценностей данного общества. Хотя его внешность различна, ее сущность может быть инкапсулирована, например, в следующих терминах:

- Фундаментальные этические, политические и социальные принципы, которые определяют правовую эволюцию, будь то в законодательстве или администрации в любое конкретное время.
- Принцип судебного законодательства или толкование, основанные на текущих потребностях сообщества.
- Принципы и стандарты, рассматриваемые законодательной властью или судами как имеющие фундаментальное значение для государства и всего общества.
- Отражение основополагающих принципов данного общества в его моральной, религиозной, экономической, политической и правовой среде.

Эти определения подтверждают, что при рассмотрении публичного порядка неизбежно приходится сталкиваться с субъективностью и изменчивостью. Подобно морали, публичный порядок не может быть исчерпывающе определен и перечислен. Даже в одном и том же поколении в одном национальном сообществе и в отношении одного и того же вопроса публичный порядок может не обязательно представлять интересы всех. Публичный порядок может позже потерять свой характер или стать устаревшей с течением времени, а глобализация возрастает. В конечном счете, публичный порядок в момент вынесения судебного решения превалирует. Но для этого ли предназначен публичный порядок?

Ответ положительный. Как в писанном, так и в неписаном законодательстве законодатели не могут предвидеть и решать все ситуации. Поэтому они должны обращаться к внешним основаниям, один из которых это публичный порядок, который является общим и переменным, но способным решать ситуации. Неизбежно, что публичный порядок должен оставаться неопределенным, чтобы быть применимым. С этой точки зрения его неопределенность является «камнем в здании доктрины». Учитывая его субъективность и изменчивость, критический вопрос заключается в том, как установить публичный порядок. Один из возможных ответов заключается в том, что публичный порядок должен находиться в руках законодателей, а не судов. Другое дело, что суды могут его решать, но только с надлежащей осторожностью. Они могут применять понятие публичного порядка, как это понимают миряне, а не сами по себе.

Рассматривая различные контексты или ситуации, публичный порядок может быть разделен на три категории:

- внутренний публичный порядок,
- международный публичный порядок и
- действительно международный публичный порядок.

В идеальном мире, между ними не должно быть разницы. В действительности, есть. Хотя они могут перекрываться в содержании, их различия не могут быть проигнорированы. В то время как первая категория играет важную роль в домашних условиях, вторая - участие в зарубежных контекстах (международное частное право). Но обе категории исходят из национальных источников. Последняя категория – действительно международный публичный порядок - относится к публичному международному праву и относится к вопросам международного права.

Как показывает контекст решения Парижского Апелляционного суда, термином, который используется судом, является «транснациональный (или действительно международный) публичный порядок».

В отличие от первых двух категорий публичного порядка, транснациональный публичный порядок не является частью одного правового порядка, а является частью международного публичного права или «общих принципов морали, принятых цивилизованными народами». Принципы и правила, которые настолько жизненно важны для мирового сообщества, что любое нарушение их односторонними действиями или соглашением не может иметь юридической силы. Государства не могут утверждать, что транснациональный публичный порядок не был частью их правовых систем. Применение его имеет корректирующую функцию, а не только подталкивание явно выбранного национального законодательства (в том числе норм обязательного права, которые для арбитров являются лишь фактом) и международного права, но также влияющих на решение судьи таким образом, который защищает фундаментальные интересы международного сообщества. Другим способом описания транснационального публичного порядка являются «универсальные стандарты и принятые нормы поведения, которые должны применяться на всех форумах», и оказывают на них силу. Даже если их универсальность и приемлемость не являются абсолютными, считается, что такие стандарты и нормы составляют транснациональный публичный порядок, если они действительно необходимы и достаточно широко распространены. Широкий консенсус, а не единодушие среди государств, считается достаточным для того, чтобы придать следующий статус статусу транснационального публичного порядка: мир и безопасность, свобода и равенство, экономические, социальные, и культурное развитие, а также уважение к природе и общая ответственность.

По самой своей природе публичный порядок является и останется непокорной лошадкой в законе в целом. Чтобы определить, какой публичный порядок применяется в той или иной ситуации, требуется провести контекстный анализ ситуации и определить применимый закон, который обеспечивает основу и суть публичного порядка. Если речь

идет о взаимоотношениях между иностранными инвесторами и принимающими государствами, следует применять либо международного публичного порядка, либо действительно международного публичного порядка, либо и то, и другое. Тем не менее, когда применимое законодательство считает внутренний и международный публичный порядок актуальными, применимый публичный порядок в международных целях должен быть справедливым и не подрывать всю международную функцию арбитража. Говоря о внутреннем и международном публичном порядке, мы все же должны проявлять некоторую сдержанность, чтобы убедиться, что они не используются таким образом, который нарушает цель международного арбитража.

Фактически, внутренний и международный публичный порядок, по-видимому, вызывает меньше проблем. Кроме того, мы можем убедиться, что, когда они применяются в международном инвестиционном контексте, существуют принципы международного арбитража и действительно международный публичный порядок, которые мешают им злоупотреблять. Хотя действительно международный публичный порядок является самым совершенным и наименее изменчивым порядком, он также наиболее благоприятен для злоупотреблений и может считаться самой непокорной из всех лошадей, поскольку мы точно не знаем, что это такое. Крайне важно, чтобы мы не предоставляли неограниченные полномочия международным арбитрам, которые подвергаются такой же моральной опасности, как и все остальные.