

## ПРЕПЯТСТВИЯ ДЛЯ РАЗВИТИЯ

# АРБИТРАЖА В КАЗАХСТАНЕ

## ИЛИ ПОЧЕМУ СТРАДАЕТ ЭФФЕКТИВНОСТЬ РАЗРЕШЕНИЯ ЭКОНОМИЧЕСКИХ СПОРОВ?



Стали популярными разговоры и даже попытки, в том числе на законодательном уровне, развития арбитража в Казахстане как эффективного способа улучшения инвестиционного климата. Инвесторы, как иностранные, так и местные, зачастую не доверяют отечественной системе правосудия, поэтому желают разрешать споры в нейтральном форуме, коим и призван быть арбитраж. Сразу оговорюсь, что в этой заметке речь пойдет исключительно о коммерческом арбитраже, а не инвестиционном (который по своей природе является институтом публичного права и где одной стороной всегда выступает государство).

Существуют фундаментальные и специфические проблемы, препятствующие развитию коммерческого арбитража в нашей стране.

Среди специфических проблем: плохое качество законодательства, регулирующего арбитраж, и низкое качество судебной практики в этой области.

Эти проблемы, в свою очередь, производны от фундаментальных причин: давней традиции этатизма (жесткого государственного регулирования экономики) в нашем регионе, низкой правовой культуры (в том числе культуры исполнения договоров) и отсутствия независимой судебной системы. Автономия воли частных лиц всегда вступает в противоречие с активным вмешательством государства в сферу общественной и частной жизни.

Рассмотрим для начала фундаментальные препятствия для развития арбитража.

Крайне затруднительно создать независимый арбитраж в отсутствие независимой судебной системы. Суд осуществляет публичную власть, а арбитраж является исключительным делом частных лиц. Только независимый суд с уважением относится к автономии воли субъектов частного права, иными словами, обеспечивает исполнение гражданского договора. И наоборот, коррумпированный и непрофессиональный судья — самая большая угроза для свободы договора. Здесь необходимо пояснение.

Арбитраж суть договор. Арбитражный процесс суть исполнение договора. И ничего более. Стороны договариваются о разрешении спора по определенным правилам. Правилам, которые сами выбирают и которые становятся частью арбитражного соглашения. Стороны выбирают арбитров, которые будут разрешать их спор.

Кроме того, стороны определяют, какое право будет «применяться» к разрешению их спора. Здесь тоже требуется пояснение. «Применение» права — условное выражение. Арбитраж не полномочен применять право, потому что правоприменение — это исключительная функция публичной власти (пользуясь строго научным терминологическим аппаратом). Суд может применять право. Орган государственного управления может применять право. Но частный субъект, коим является арбитр, не полномочен применять право. Он право может только толковать. Толковать по тем правилам, о которых договорятся стороны или которые содержатся в самом этом праве. Более того, в идеале стороны должны иметь свободу договориться об иных правилах разрешения спора: например, по праву справедливости или даже броском монеты.

Тот факт, что арбитраж не применяет право, а толкует его, так же, как это делают любые другие участники гражданского оборота, является принципиальным моментом. Моментом, который отличает арбитраж от государственного суда. Который отличает сферу частных отношений от публичных. Применение права обязано быть законным, поэтому законность является непременным атрибутом правосудия.

Частные же лица в своих отношениях руководствуются исключительно собственным пониманием содержания взаимных договоренностей. Никто не может принудить стороны понимать их взаимные договоренности иначе, чем они сами их понимают. И в этом смысле толкование ими содержания своих договоренностей не обязано быть законным. Достаточно того, что

обе стороны согласились с таким толкованием. Таким же образом, если стороны доверили третьему лицу решить их спор в соответствии с его усмотрением, никто не может опровергать его решение, кроме самих сторон. Но если стороны обещали согласиться с любым решением арбитра, то они обязаны выполнить данное обещание. Обязательство исполнить решение арбитра и считать его окончательным является гражданско-правовым обязательством, которое должно быть исполнено. Так называемая «процедура признания и исполнения арбитражного решения» судом есть не что иное, как исполнение через государственный суд бесспорного требования.

У честного и независимого судьи нет искушения вмешиваться в частные дела сторон. У либерального законодателя нет искушения ограничивать свободу договора. Но как быть, если сторона, изначально согласившаяся на арбитраж, пытается обойти свое же соглашение или намеревается получить несправедливое решение, когда возникает спор? Не имея возможности повлиять на арбитра (потому что существуют механизмы для выбора и контроля за деятельностью арбитров сторонами), такая сторона пытается заинтересовать судью. И здесь у суда возникает искушение вторгнуться в арбитражный процесс, в частные дела сторон. Таким же образом, в коррумпированной (или авторитарной) государственной системе у законодателя есть искушение ограничивать свободу договора. Это явление системного характера.

Суды часто используют следующие способы вмешательства в арбитражный процесс:

- признание арбитражной оговорки в договоре недействительной или незаключенной;
- пересмотр решения арбитража по существу со ссылкой на то, что арбитражное решение «незаконное»;
- отказ в признании и исполнении арбитражного решения со ссылкой на нарушение публичного порядка;
- отказ в принятии обеспечительных мер в рамках арбитражного производства.

В этой ситуации возникает мнимая конкуренция между арбитражем как частноправовым способом разрешения споров и правосудием как формой осуществления публичной власти. Такая логика рассуждения широко поддерживается не только многими частнопрактикующими юристами, но и теоретиками права, а также судьями и законодателем.

Поэтому до того, как вдаваться в сугубо технические аспекты законодательства об арбитраже, необходимо теоретически переосмыслить концепцию арбитража как способа разрешения споров и пояснить фундаментальные различия арбитража от правосудия.

Правосудие является только одним из многочисленных способов разрешения споров и, как провозглашает Конституция Республики Казахстан, «осуществляется только судом». Правосудие является видом правоохранительной деятельности и, соответственно, формой осуществления публичной власти. Обращение в суд является одним из многочисленных способов защиты права. Право, среди прочего, может защищаться путем обращения к органам исполнительной власти. Другими способами защиты права являются признание права; восстановление положения, существовавшего до нарушения права; пресечение действий, нарушающих право, и др.

Разрешение споров не является привилегией судебной системы. Споры разрешаются самыми различными субъектами: споры детей могут разрешаться родителями, споры друзей — общим другом, споры коллег — руководством.

Правосудие является строго формализованным процессом, направленным на разрешение спора в соответствии со строгим применением законодательства и обеспеченным силой государственного принуждения. Правосудие обязано быть законным. Если стороны желают силового восстановления нарушенных прав в строгом соответствии с законом, то они могут обратиться к суверену за правосудием. Стороны, однако, вправе договориться не прибегать к правосудию как способу разрешения их спора — и такая договоренность должна в равной степени охраняться судом. Не может сторона сперва дать обещание рассматривать спор в арбитраже, а потом, передумав, в одностороннем порядке нарушить свое обещание и требовать передачи спора в суд. Обещание не идти в суд — это такое же гражданско-правовое обязательство, которое должно соблюдаться сторонами.

Как видно, общее стремление государства (в лице законодателей и судебной власти) ограничивать свободу и вмешиваться в частные дела

неизбежно отражается на качестве законодательства и судебной практики. Поскольку казахстанское законодательство об арбитраже содержит большое множество недостатков и противоречий, подробное их рассмотрение должно составлять предмет отдельной работы. В этой же заметке рассмотрим только некоторые общие характерные ошибки и слабые стороны нашего законодательства, в том числе планируемого к принятию.

Тут важно отметить, что если другие аспекты правовой реформы (в частности, повышения общего уровня правовой культуры, искоренения коррупции и повышения профессионализма судей) трудно поддаются заклинаниям законодателя, то расширить свободу договора и оградить арбитраж от судейского вмешательства можно достаточно эффективно путем принятия прогрессивного и ясно изложенного законодательства.

Самой обсуждаемой новостью в сфере арбитража является разработка правительством нового законопроекта «Об арбитраже» (далее — Законопроект), который предполагает заменить собой действующие Законы «О международном арбитраже» и «О третейских судах». Законопроект был представлен на общественное обсуждение в январе 2015 года и в настоящий момент находится на рассмотрении в Парламенте РК.

Ныне действующее законодательство об арбитраже и Законопроект (в публично доступной его редакции) объединяет одна общая характеристика — существенное ограничение автономии воли сторон. Приведу несколько примеров из Законопроекта.

Законопроект предусматривает необходимость соблюдения «принципа законности», в соответствии с которым арбитраж в своих решениях обязан руководствоваться только нормами применимого по соглашению сторон права. Известно несколько случаев, когда со ссылкой на «принцип законности» судами расширительно толковалось понятие «публичного порядка», на основании чего суды отказывали в исполнении решений международных арбитражей.

Законопроект предусматривает основания для пересмотра арбитражного решения по вновь открывшимся обстоятельствам, среди которых, например, признание Конституционным Советом РК неконституционными закона или иного нормативного правового акта, который был применен арбитражем. И снова законодатель навязывает сторонам идею законности арбитражного решения!

Законопроект предъявляет чрезвычайно жесткие требования к арбитрам (которые сопоставимы с требованиями к соискателям на судейскую должность). Например, арбитр должен быть не моложе 35 лет, иметь высшее юридическое образование и непрерывный стаж работы по юридической специальности не менее пяти лет. Не может быть арбитром также лицо, которому предъявлено обвинение в совершении преступления (а как же гарантированная Конституцией презумпция невиновности лица?). Равно не может быть арбитром государственный служащий, депутат Парламента РК, депутат местного представительного органа. Каким образом, спрашивается, статус лица в уголовном процессе (до момента вынесения обвинительного приговора) или депутатский мандат могут препятствовать лицу действовать в качестве арбитра в коммерческом споре? Почему лицу необходимо иметь высшее юридическое образование для разрешения спора, если законность не является обязательной характеристикой арбитражного решения?

Предъявляются строгие требования к содержанию арбитражного соглашения. Не ограничиваясь условием о письменной форме соглашения, законодатель требует от сторон «явно выраженного намерения о передаче спора в арбитраж», создавая тем самым для суда дополнительную возможность для вмешательства, если, по его мнению, намерение выражено недостаточно явно. Строго регулируются сами арбитражные процедуры, в том числе сроки арбитражного разбирательства.

Все эти требования, очевидно ограничивающие свободу арбитражного соглашения, основаны на ошибочном представлении законодателя об арбитраже как конкурирующем с публичной функцией правосудия. До тех пор пока наш законодатель не переосмыслит концептуальные основы коммерческого арбитража, он — а с его подачи и суд — так и будут покушаться на свободу арбитража, без которой невозможно развитие этого института гражданского права. И наоборот, всякое ограждение арбитража от судебного вмешательства будет непременно способствовать продвижению Казахстана как Центрально-Азиатского центра для разрешения споров, что, безусловно, должно положительно отразиться на качестве инвестиционного климата в стране.