

УДК 341.632

ПРОБЛЕМА ВЫБОРА ПРИМЕНИМОГО К АРБИТРАЖНОМУ РАЗБИРАТЕЛЬСТВУ И АРБИТРАЖНОМУ СОГЛАШЕНИЮ ПРАВА С ТОЧКИ ЗРЕНИЯ КАЗАХСТАНСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

Шайкенов Валихан Жарасканович

Партнер и глава практики по разрешению споров Юридической фирмы «AEQUITAS»,
магистр юриспруденции, г. Алматы, Республика Казахстан;
e-mail: v.shaikenov@aequitas.kz

Идаятова Ардак Турехановна

Старший юрист практики по разрешению споров Юридической фирмы «AEQUITAS»,
бакалавр юриспруденции, г. Алматы, Республика Казахстан;
e-mail: a.idayatova@aequitas.kz

Ключевые слова: арбитраж; коллизионное право; применимое право; арбитражное соглашение; место арбитражного разбирательства.

Аннотация. В настоящей статье авторы формулируют коллизионную проблему выбора права, применимого к арбитражному разбирательству и арбитражному соглашению с точки зрения казахстанского законодательства. Авторам представляется, что, в первую очередь, необходимо ответить на вопрос, правопорядки каких стран должны регулировать арбитражное разбирательство и арбитражное соглашение. Только после ответа на этот вопрос возможно установить, какие нормы казахстанского законодательства, в частности Закона РК «Об арбитраже» 2015 года и Гражданского процессуального кодекса, могут быть применимы к анализируемым отношениям. В статье предлагаются возможные решения коллизионных проблем, а также рассматриваются частные примеры того, как разрешенная коллизионная проблема позволяет установить возможность применения той или иной нормы казахстанского законодательства об арбитраже к отношениям, вытекающим из арбитражного спора.

ҚАЗАҚСТАНДЫҚ ЗАҢНАМА ТҮРҒЫСЫНАН ТӨРЕЛІК ТАЛҚЫЛАУҒА ЖӘНЕ ТӨРЕЛІК КЕЛІСІМГЕ ҚОЛДАНЫЛАТЫН ҚҰҚЫҚТЫ ТАҢДАУ ПРОБЛЕМАСЫ

Шайкенов Уәлихан Жарасқанұлы

«AEQUITAS» заң фирмасының серіктесі және дауларды шешу
практикасының (тәжірибесінің) басшысы, заң ғылымдарының магистры,
Алматы қ., Қазақстан Республикасы; e-mail: v.shaikenov@aequitas.kz

Идаятова Ардақ Төреханқызы

«AEQUITAS» заң фирмасының дауларды шешу практикасының (тәжірибесінің) аға заңгері, заң ғылымдарының бакалавры, Алматы қ., Қазақстан Республикасы; e-mail: a.idayatova@aequitas.kz

Түйін сөздер: төрелік; коллизиялық құқық; қолданылатын құқық; төрелік келісім; төрелік тергеудің жүргізілетін орны.

Аннотация. Бұл мақалада авторлар қазақстандық заңнама тұрғысынан алғанда төрелік тергеуге және төрелік келісімге қатысты қолданылатын құқықты таңдаудың қайшылық мәселесін қалыптастыруда. Авторлардың түсінуінше, ең алдымен төрелік тергеу мен төрелік келісімді қай елдердің құқықтық тәртібі реттеуі тиіс деген сауалға жауап беру қажет. Тек соған жауап бергеннен кейін ғана талқыланып отырған қатынастарға арнап қазақстандық заңнаманың, атап айтқанда, ҚР 2015 жылғы «Төрелік туралы» заңы мен Азаматтық-іс жүргізу кодексінің қай нормаларын қолдануға болатынын анықтауға болады. Мақалада қайшылықтық мәселелердің ықтимал шешімдері ұсынылған, сондай-ақ шешілген қақтығыстық (коллизиялық) мәселенің төрелік туралы қазақстандық заңнаманың сол не өзге нормасын төрелік соттан туындап отырған қатынастарға қолдану мүмкіндігін анықтауға қандай мүмкіндік беретіні туралы жеке мысалдар қарастырылуда.

THE PROBLEM OF CHOOSING APPLICABLE LAW TO ARBITRATION AND THE ARBITRATION AGREEMENT IN THE CONTEXT OF THE KAZAKHSTAN LEGISLATION

Valikhan Zharaskanovich Shaikenov

Partner and Head of Dispute Resolution of AEQUITAS Law Firm LLP, LL.M.,
Almaty, Republic of Kazakhstan; e-mail: v.shaikenov@aequitas.kz

Ardak Turekhanovna Idayatova

Senior Associate of the Dispute Resolution practice of AEQUITAS Law Firm LLP, LL.B.,
Almaty, Republic of Kazakhstan; e-mail: a.idayatova@aequitas.kz

Key words: arbitration; conflict of laws; governing law; arbitration agreement; seat of arbitration.

Abstract. In this Article, the authors represent the problem of selecting a law applicable to arbitration proceedings and arbitration agreement from the viewpoint of the Kazakhstan legislation. The authors believe that one should firstly answer the question of what countries' laws and order must regulate arbitration proceedings and arbitration agreement. Once this question is given the answer, one may establish the norms of the Kazakhstan legislation, specifically, norms of the 2015 RK Arbitration Law and Civil Procedure Code, applicable to relations in question. The Article proposes possible solutions of the conflict of laws problems and considers specific examples of situations where solved conflict of laws problems allow establishing the possibility to apply certain norms of the Kazakhstan arbitration legislation to relationships arising out of an arbitration dispute.

Проблемы судебной практики [1, 2, 3] и законодательного регулирования [4, 5, 6] существенно осложняют арбитражное разбирательство в Республике Казахстан (далее – РК). Поэтому, если позволяют обстоятельства, стороны предпочитают разрешать спо-

ры в странах, дружественных арбитражу.¹

Выбор места арбитражного разбирательства вовсе не логистический. В государствах, поощряющих развитие арбитража, суды² и законодательство³, как правило, расценивают выбор места арбитражного разби-

¹ По результатам опроса, проведенного в 2015 году Queen Mary University of London (QUMU) совместно с юридической фирмой White & Case, среди наиболее популярных мест рассмотрения арбитражных споров – Лондон, Париж, Гонконг, Сингапур, Женева, Нью-Йорк и Стокгольм. URL: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164761.pdf>.

² RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation, Judgment of the Supreme Court of Sweden, 12 November 2010, Case No. Ö 2301-09/NJA 2010, s. 508 (“The choice of the applicable procedural law normally results from the selection of the place (the seat) of the arbitration”).

³ См., например, ст. 3 Арбитражного акта Великобритании 1996 года; ст. 47 Закона Швеции «Об арбитраже» 1996 года.

рательства как выбор права, применимого к арбитражному разбирательству (хотя, конечно, право, применимое к арбитражному разбирательству, не всегда должно совпадать с выбранным местом разбирательства [7]). Таким образом, выбор места арбитражного разбирательства в практике ряда стран имеет юридический смысл. Терминологически юридическое место арбитражного разбирательства (seat of arbitration) противопоставляется физическому месту арбитражных слушаний (venue of arbitration).

Выбор места арбитражного разбирательства в этих странах означает решение коллизионного вопроса о применимом к арбитражному разбирательству праве. Самостоятельно должен решаться вопрос о выборе права, применимого к арбитражному соглашению [8].

Постановка коллизионного вопроса

Выбирая место арбитражного разбирательства за рубежом, стороны стремятся исключить применение казахстанского права к их арбитражному разбирательству. Кроме того, стороны часто предполагают, что выбор, скажем, г. Лондона в качестве места арбитражного разбирательства означает, что и арбитражная оговорка будет регулироваться правом Англии.

Если это очевидно с точки зрения английского права, то верность этого предположения однозначно не следует из казахстанского законодательства; ни из Закона РК от 8 апреля 2016 года «Об арбитраже» (далее – Закон об арбитраже), ни Гражданского кодекса РК (далее – ГК РК), ни из Гражданского процессуального кодекса РК от 31 октября 2015 года (далее – ГПК).

Внутренние противоречия казахстанского законодательства, разноречивая судебная практика и существенные отклонения от сложившихся в развитом мире общепринятых стандартов коммерческого арбитража могут привести к тому, что сделанный сторонами выбор места арбитража за рубежом может в глазах казахстанского суда не означать выбора иностранного права в качестве применимого к иностранному разбирательству. Это, в свою очередь, делает возможным применение судом казахстанского права к арбитражному разбирательству и арбитражному соглашению.

В качестве самостоятельного последствия может оказаться затруднительным или вовсе невозможным исполнение иностранного арбитражного решения, вынесенного в противоречии с требованиями казахстанского законодательства об арбитраже (хотя сторонам казалось, что казахстанское законодательство не должно применяться к их арбитражному спору, арбитражной оговорке

и вынесенному решению).

Закон об арбитраже в своей преамбуле определяет сферу его действия в пространстве. В то время как эта норма позволяет исключить применение этого конкретного закона в определённых случаях (об это будет сказано далее), она не решает первичного вопроса – коллизионного, а именно: вопроса о выборе применимого к арбитражному разбирательству и арбитражному соглашению праве. Это приобретает особое значение в свете «попыток» ГПК регулировать некоторые отношения, вытекающие из арбитражного соглашения (об этом тоже будет сказано далее).

Согласно преамбуле Закона об арбитраже, он «регулирует общественные отношения, возникающие в процессе деятельности арбитража на территории Республики Казахстан, а также порядок и условия признания и приведения в исполнение в Казахстане арбитражных решений».

При этом под «арбитражем» понимается «арбитраж, образованный специально для рассмотрения конкретного спора, или постоянно действующий арбитраж». О концептуальной ошибке в определении понятия «арбитраж» уже говорилось в литературе [4]. В результате такой ошибки, «арбитраж» вместо метода урегулирования спора, самой процедуры рассмотрения спора означает сразу два функционально разных понятия: (i) арбитражное учреждение, в функции которого должно входить только содействие в администрировании спора; (ii) арбитражный трибунал, рассматривающий спор.

Таким образом, буквальное прочтение преамбулы Закона об арбитраже может предполагать два возможных толкования (без учета признания и приведения в исполнение в Казахстане арбитражных решений):

1) Закон применяется к отношениям, возникающим в процессе деятельности арбитражного учреждения на территории Казахстана;

2) Закон применяется к отношениям, возникающим в процессе деятельности арбитражного трибунала на территории Казахстана.

Если придерживаться второго толкования, основываясь на ошибке, допущенной в определении понятия «арбитраж», то при отсутствии доктринального толкования, существующая формулировка может означать применение Закона к работе арбитражного трибунала, физически заседающего в Казахстане.

Проблема, однако, глубже. Глубже, чем просто решение вопроса о применимости или неприменимости к арбитражному разбирательству или арбитражному соглаше-

нию Закона об арбитраже [9]. Проблема носит коллизионный характер и заключается в применимости к арбитражному разбирательству и арбитражному соглашению правопорядка конкретной страны в целом.

Закон об арбитраже мог бы помочь в решении этой коллизионной проблемы, если бы указывал на то, что ссылка на место арбитражного разбирательства означает выбор страны, право которой применяется к арбитражному разбирательству и арбитражному соглашению. Однако не всегда коллизионный вопрос может и должен решаться в законе, регулирующем деятельность арбитража в соответствующей стране (хотя бы в силу того, что, как правило, закон об арбитраже применяется к арбитражным разбирательствам, имеющим место в соответствующей стране, то есть их применение является следствием уже сделанного коллизионного выбора).

Например, Типовой закон ЮНСИТРАЛ⁴, приведение в соответствие с которым декларировалось в качестве одной из задач принятия Закона об арбитраже⁵, тоже не решает коллизионный вопрос, а только вопрос применения к арбитражному разбирательству отдельно взятого закона.

В ст. 1 («Сфера применения») Типового закона сказано, что национальный закон об арбитраже должен применяться только в том случае, «если место арбитража находится в данном государстве» (за исключением ряда положений, применимых для иностранного арбитража в части принятия обеспечительных мер, исполнения иностранных арбитражных решений и др.). При этом п. 1 ст. 20 Типового закона так и не дает ответа на коллизионный вопрос о применимом к арбитражному разбирательству и арбитражному соглашению праве, лишь устанавливая, что «стороны могут по своему усмотрению договориться о месте арбитража. В отсутствие такой договоренности место арби-

тража определяется арбитражным судом с учетом обстоятельств дела, включая фактор удобства для сторон»⁶.

Решение коллизионного вопроса в дружественных арбитражу странах

Большинство государств-участников Нью-Йоркской конвенции⁷ относятся к выбору места арбитража как к правовой концепции (а не просто географическому выбору места слушаний). Суть данной концепции сводится к тому, что стороны, избирая место проведения арбитража и указывая его в арбитражной оговорке, тем самым договариваются о *lex loci arbitri* – праве, применимом к арбитражному разбирательству. Если стороны указали в качестве места проведения арбитража г. Лондон, то к их арбитражному разбирательству – в соответствии с широко распространенным толкованием Нью-Йоркской конвенции – будет применим национальный закон Англии об арбитраже.

Данный принцип изначально был сформулирован в Женевском протоколе об арбитражных оговорках 1923 года⁸, в ст. 2 которого указывалось, что «арбитражная процедура, включая формирование арбитражного суда, определяется волей сторон и законом того государства, на территории которого арбитраж имеет место». Несмотря на все недостатки Женевского протокола⁹, впоследствии принятые Нью-Йоркская и Европейская¹⁰ конвенции уже не содержали столько ясно выраженного коллизионного правила выбора права, применимого к арбитражному разбирательству.

Тем не менее, аналогичное правило государственных суды стран-участниц Нью-Йоркской конвенции вывели путем расширительного толкования из нормы подп. «а» и «d» п. 1 ст. V Конвенции, которая очевидно не предполагалась для решения коллизионного вопроса:

«1. В признании и приведении в исполнение арбитражного решения может быть

⁴ Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже 1985 год (с изменениями, принятыми в 2006 году). URL: http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/ml-arb/07-87000_Ebook.pdf.

⁵ См. Концепцию проекта Закона Республики Казахстан «О коммерческом арбитраже», исх. № 8-3-340 от 13 ноября 2014 года.

⁶ Из пояснительной записки Секретариата ЮНСИТРАЛ к Типовому закону о международном торговом арбитраже 1985 года (с изменениями, принятыми в 2006 году) видно, что разработчики не ставили перед собой задачу рекомендовать какой-либо конкретный способ разрешения коллизионного вопроса, предполагая, что каждый суверен решает этот вопрос по-своему: «В большинстве правовых систем место арбитража используется как исключительный критерий для определения применимости национального права, и опыт показывает, что если национальные законы разрешают сторонам выбирать процессуальный закон не того государства, где происходит арбитражное разбирательство, то на практике стороны редко пользуются такой возможностью».

⁷ Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 10 июня 1958 года).

⁸ Протокол об арбитражных оговорках, подписанный в Женеве 24 сентября 1923 года.

⁹ Совместно с Женевской конвенцией 1927 года о приведении в исполнение иностранных арбитражных решений утратившего силу в связи с принятием Нью-Йоркской конвенции 1958 года.

¹⁰ Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже (Женева, 21 апреля 1961 г.).

отказано по просьбе той стороны, против которой оно направлено, только если эта сторона представит компетентной власти по месту, где испрашивается признание и приведение в исполнение, доказательства того, что:

а) стороны в соглашении, указанном в статье 2, были по применимому к ним закону в какой-либо мере недееспособны или это соглашение недействительно по закону, которому стороны это соглашение подчинили, а при отсутствии такого указания – по закону страны, где решение было вынесено; или

д) состав арбитражного органа или арбитражный процесс не соответствовали соглашению сторон или, при отсутствии такового, не соответствовали закону той страны, где имел место арбитраж...» [10, 11].

Европейская конвенция, не вступая в противоречие с Нью-Йоркской, в п. 2 ст. VI формулирует еще более четкое правило:

«При вынесении решения по вопросу о наличии или действительности указанного арбитражного соглашения государственные суды Договаривающихся Государств, в которых поднят этот вопрос, должны будут руководствоваться, если вопрос касается правоспособности сторон, законом, который к ним применяется, а по другим вопросам:

а) законом, которому стороны подчинили арбитражное соглашение;

б) при отсутствии указаний на этот счет – законом страны, в которой должно быть вынесено решение;

с) при отсутствии указаний на закон, которому стороны подчинили арбитражное соглашение, и если в тот момент, когда этот вопрос представлен на разрешение государственного суда, невозможно установить, в какой стране должно быть вынесено арбитражное решение, – законом, применимым в силу коллизионной нормы государственного

суда, в котором возбуждено дело».

Некоторые суды выводили коллизионное правило *lex arbitri* из схожих норм, содержащихся в законах об арбитраже их стран, заимствованных из ст. ст. 34(2)(a)(i) и 36(1)(a)(i) Типового закона ЮНСИТРАЛ [10].

Почему такое решение коллизионного вопроса неприемлемо в Казахстане

По этому пути могли бы пойти и казахстанские суды, если бы не следующие препятствия, вытекающие из Закона об арбитраже, ГПК и статуса Нью-Йоркской и Европейской конвенций.

Казахстан присоединился к Нью-Йоркской¹¹ и Европейской¹² конвенции указами Президента РК, не имеющим силы закона¹³. Поэтому эти конвенции хоть и являются частью действующего права РК, не имеют статуса ратифицированных международных договоров и потому не превалируют над законами РК¹⁴.

В то же время, подп. 1 п. 1 ст. 57 Закона об арбитраже и подп. 1 ч. 1 ст. 255 ГПК содержат нормы, регулирующие, как и ст. V Нью-Йоркской конвенции, основания для отказа в признании и приведении в исполнение арбитражного решения. Однако если Нью-Йоркская и Европейская конвенции в отсутствие выбора применимого к арбитражному соглашению права позволяют оценивать наличие и действительность арбитражного соглашения по праву страны, где было вынесено решение, то указанные нормы Закона об арбитраже и ГПК в аналогичной ситуации позволяют казахстанскому суду отказать в признании иностранного арбитражного решения, если арбитражное соглашение недействительно по законам Республики Казахстан.

Учитывая, что Закон об арбитраже и ГПК имеют приоритет перед Нью-Йоркской и Европейской конвенциями, если казахстанские суды и будут выводить коллизионное

¹¹ Указ Президента Республики Казахстан от 4 октября 1995 года № 2485 «О присоединении Республики Казахстан к Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 года».

¹² Указ Президента Республики Казахстан от 4 октября 1995 года № 2484 «О присоединении Республики Казахстан к Европейской Конвенции о внешнеторговом арбитраже 1961 года».

¹³ На момент принятия данных указов по причине отсутствия высшего представительного органа действовал Закон РК от 10 декабря 1993 года «О временном делегировании Президенту Республики Казахстан и главам местных администраций дополнительных полномочий», наделавший Президента РК правом принимать указы, имеющие силу закона, и в частности ратифицировать и денонсировать международные договоры. Некоторые казахстанские юристы высказывали мнение о том, что указы президента о присоединении к Нью-Йоркской и Европейской конвенциям следует толковать как указы, имеющие силу закона, поскольку у Президента РК как представителя исполнительной ветви власти не было полномочий присоединять Республику к международным договорам. Нам этот вывод представляется ошибочным, поскольку Президент РК в силу Конституции РК 1995 года (п. 11 ст. 44), а также Венской конвенции о праве международных договоров от 23 мая 1969 года (подп. а) п. 2 ст. 7) имел полномочия представлять государство в международных отношениях и заключать от имени Республики международные договоры в своем статусе главы государства, а не только как субъект, временно осуществляющий функции высшего представительного органа. Поэтому приняв указ, не имеющий силы закона, Президент, очевидно, реализовал свое полномочие главы государства, а не высшего представительного органа.

¹⁴ П. 3 ст. 4 Конституции Республики Казахстан.

правило из норм о признании и приведении в исполнение арбитражных решений, то они будут вынуждены руководствоваться подп. 1 п. 1 ст. 57 Закона об арбитраже и подп. 1 ч. 1 ст. 255 ГПК, а не конвенциями. Это, в свою очередь, должно привести суды к выводу о применении к арбитражным соглашениям, в которых стороны не оговорили применимое право, права Республики Казахстан (то есть *lex fori*), даже если стороны указали в арбитражном соглашении место разбирательства за рубежом, и в соответствии с таким выбором сторон арбитраж уже был сформирован по иностранному праву и вынес решение. Такое толкование привело бы к очевидному нарушению воли сторон и лишило бы выигравшую сторону того, на что та была вправе рассчитывать при заключении арбитражного соглашения. Не говоря уже о том, что применение к арбитражному соглашению национального закона страны суда (*lex fori*), а не *lex arbitri* принципиально расходится с общепринятыми стандартами международного коммерческого арбитража в развитом мире.

Возможное решение коллизионного вопроса с точки зрения казахстанского права

При действующем регулировании арбитража (которое, несомненно, нуждается в коренной реформе), пожалуй, единственным разумным решением коллизионной проблемы был бы отказ от использования ст. 57 Закона об арбитраже и ст. 255 ГПК в целях выведения коллизионного правила. Для этого имеются весьма сильные аргументы.

Логика, используемая судами зарубежных стран для формулирования коллизионного правила из ст. V Нью-Йоркской конвенции, непротиворечива, учитывая, что данная норма носит исключительно процессуальный характер (устанавливает основания для отказа в выдаче исполнительного листа) и не регулирует материально-правовые отношения (в частности, действительность арбитражного соглашения, законность арбитражного разбирательства и т.д.).

В то же время, если исходить из гражданско-правовой природы арбитража, то разумно разрешение коллизионного вопроса о праве, применимом к арбитражному разбирательству или арбитражному соглашению, в разделе международного частного права ГК РК. По этому пути пошли, например, французские суды [8].

Ст. 1113 ГК РК предлагает правила для определения права, применяемого к договору при отсутствии соглашения сторон. Поскольку арбитражное соглашение не относится ни к одному из договоров, перечисленных в пунктах 1-3 ст. 1113 ГК РК;

поскольку исполнение арбитражного соглашения не одной, а всеми его сторонами «имеет решающее значение для содержания... договора» (п. 4); то разумно к арбитражному соглашению применить право страны, с которой договор наиболее тесно связан, как это предлагается в п. 4 ст. 1113 ГК РК. Ссылку на место арбитражного разбирательства вполне можно расценивать как достаточную коллизионную привязку для определения наиболее тесной связи с правом соответствующей страны. Иными словами, руководствуясь п. 4 ст. 1113 ГК РК, можно сделать вывод, что стороны, указав место арбитражного разбирательства, сделали коллизионный выбор в пользу права страны, где арбитраж должен иметь место.

Таким образом, в использовании ст. 255 ГПК для выведения коллизионного правила нет необходимости, поскольку коллизия может быть решена средствами гражданского права, включая МЧП и само арбитражное соглашение. Если бы решение коллизии не могло бы быть найдено в гражданском праве, то в качестве крайней меры следовало бы обратиться к ст. 57 Закона об арбитраже и ст. 255 ГПК.

Последствия решения коллизионной проблемы

Решение коллизионной проблемы в отношении права, применимого к арбитражному разбирательству и арбитражному соглашению, далее позволяет нам анализировать каждую спорную норму казахстанского законодательства на предмет ее применимости к отношениям, вытекающим из арбитражного спора. Рассмотрим несколько практически значимых примеров.

Отказ в выдаче исполнительного листа в связи с нарушением арбитражной процедуры

Согласно ч. 1 ст. 255 ГПК, суд выносит определение об отказе в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение арбитражного решения, если сторона, против которой было принято арбитражное решение, представит в суд доказательства того, что состав арбитража или арбитражная процедура разбирательства не соответствовали требованиям закона.

До решения коллизионного вопроса было бы неясно, о применении какого закона идет речь. Указание места арбитражного разбирательства в оговорке позволяет нам применить к арбитражной процедуре *lex arbitri*. Это означает, что при рассмотрении арбитражного спора за рубежом сторона, против которой было вынесено решение, будет не вправе ссылаться на несоответствие арбитражной процедуры казахстанскому законодательству в порядке ч. 1 ст. 255 ГПК.

Такую же позицию следует отстаивать и в отношении вопроса об отказе в признании иностранного арбитражного решения на том основании, что арбитражное соглашение не соответствует праву РК. Как обосновывалось выше, только ограничительное толкование ч. 1 ст. 255 ГПК позволяет при существующем регулировании обеспечить законные интересы сторон арбитражной оговорки и достичь правового результата.

Сфера действия Закона об арбитраже

Преамбула Закона об арбитраже не дает ясного представления о сфере его действия. Что следует понимать под «деятельностью арбитража на территории РК»? Идет ли речь об арбитражном разбирательстве, подчиненном казахстанскому праву? Или арбитражном соглашении, регулируемом правом РК? Или физическом месте арбитражных слушаний? Рассмотрим несколько примеров, когда ответы на эти вопросы имеют значение для решения вопроса о применимости Закона об арбитраже.

Разрешительный порядок заключения арбитражных оговорок определёнными категориями субъектов

Например, п. 10 ст. 8 Закона об арбитраже устанавливает разрешительный порядок заключения арбитражного соглашения государственными органами, государственными предприятиями, а также юридическими лицами, пятьдесят и более процентов голосующих акций (долей участия в уставном капитале) которых прямо или косвенно принадлежат государству. Иными словами, ограничивает гражданскую правоспособность юридического лица.

Если предположить, что арбитражное соглашение регулируется иностранным правом, означает ли это, что перечисленные субъекты могут свободно заключать арбитражные соглашения? Ответ на этот вопрос, скорее всего, должен быть отрицательным, учитывая жесткую коллизионную привязку в отношении гражданской правоспособности юридического лица – она определяется правом страны, где это юридическое лицо учреждено (ст. 1100 и п. 1 ст. 1101 ГК РК). Вряд ли законодатель имел в виду установить разрешительный порядок заключения арбитражных оговорок только для случаев, когда арбитражные разбирательства и арбитражные соглашения регулируются правом Казахстана. Разрешительный порядок, скорее всего, предполагался для всякого исключения компетенции государственных судов – а это происходит независимо от того, ка-

ким правом регулируется арбитражное соглашение.

Арбитрабельность споров

П. 8 ст. 8 Закона об арбитраже определяет в качестве неподведомственных арбитражу определённые категории споров (например, по которым затрагиваются интересы несовершеннолетних лиц, споры о реабилитации и банкротстве, между субъектами естественных монополий и их потребителями, и др.).

Из подп. «а» п. 2 ст. V Нью-Йоркской конвенции в судебной практике иностранных государств выводятся жесткую коллизионную привязку, «согласно которой при решении вопроса о признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения вопрос об арбитрабельности предмета спора всегда подчинен *lex fori* (национальному закону страны суда) и не зависит от *lex arbitri*, которому была подчинена арбитражная оговорка» [12]. Руководствуясь этой логикой, казахстанский суд может отказать в выдаче исполнительного листа на иностранное арбитражное решение вследствие неподведомственности спора арбитражу с точки зрения казахстанского права, хотя арбитражное разбирательство и арбитражное соглашение регулировались иностранным правом. Тем более, что такое основание предусмотрено также подп. 1 ч. 1 ст. 255 ГПК.

Односторонний отказ от арбитражного соглашения

Хотя п. 5 ст. 9 Закона об арбитраже об одностороннем отказе от арбитражного соглашения был исключен¹⁵, он сохраняет актуальность для случаев, когда одна из сторон предприняла попытку отказаться от арбитражной оговорки в период действия этой нормы. Здесь вопрос решается просто: если арбитражное соглашение регулируется иностранным правом, то данная норма не должна применяться, поскольку право, применяемое к договору, в силу подп. 5 п. 1 ст. 1115 ГК охватывает прекращение договора.

Приведенные примеры демонстрируют необходимость разрешения вопроса о выборе права, применимого к арбитражному соглашению и арбитражной процедуре. И даже если читатель не согласен с предложенными авторами способами разрешения конкретных «коллизий», нам представляется, что постановка коллизионной проблемы уже сама по себе может иметь практическую и теоретическую ценность.

¹⁵ Закон РК от 27 февраля 2017 года № 49-VI «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования гражданского, банковского законодательства и улучшения условий для предпринимательской деятельности».

Литература

1. См., например: Сулейменов М.К. Как судья по своему разумению законы трактовала. URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=33710017#pos=1;-263
2. Открытое письмо арбитражей в Верховный Суд Республики Казахстан и Министерство юстиции Республики Казахстан от 8 августа 2016 года. URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=34233934
3. Сулейменов М.К. Судейский беспредел продолжается. URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=34997409
4. См., например: Сулейменов М.К., Дуйсенова А.Е. Актуальные проблемы практики применения нового законодательства об арбитраже и пути его совершенствования. URL: http://www.zakon.kz/4842020-aktualnye-problemy-praktiki-primeneniya.html?_utl_t=fb
5. Сулейменов М.К., Дуйсенова А.Е. Достоинства и недостатки нового Закона об арбитраже. URL: <http://www.zakon.kz/4796696-dostoinstva-i-nedostatki-novogo-zakona.html>
6. Калдыбаев А.К. Ожидаемые неблагоприятные последствия нового закона «Об арбитраже» и пути их преодоления. URL: <https://www.zakon.kz/4799693-ozhidaemye-neblagoprijatnye.html>
7. Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration, Savage and Gaillard (ed) (1999), 635 para. 1178.
8. Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration, Savage and Gaillard (ed) (1999), 221 para. 424.
9. Тукулов Б.А. Новый Закон Республики Казахстан «Об арбитраже»: Внимание некоторым проблемным моментам. URL: <https://www.zakon.kz/4795629-novyjj-zakon-respubliki-kazakhstan-ob.html>
10. International Arbitration: Law and Practice (Second Edition), Born (2015), para. 2.06.
11. Карабельников Б.Р. Международный коммерческий арбитраж. Учебник. – М.: Московская высшая школа социальных и экономических наук, 2013. – С. 117.
12. Карабельников Б.Р. Международный коммерческий арбитраж. Учебник. – М.: Московская высшая школа социальных и экономических наук, 2013. – С. 138-139.

References

1. Sm., naprimer: Suleymenov M.K. Kak sudya po svoemu razumeniyu zakonyi traktovala. URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=33710017#pos=1;-263
2. Otkryitoe pismo arbitrazhey v Verhovnyiy Sud Respubliki Kazahstan i Ministerstvo yustitsii Respubliki Kazahstan ot 8 avgusta 2016 goda. URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=34233934
3. Suleymenov M.K. Sudeyskiy bespredel prodolzhaetsya. URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=34997409
4. Sm., naprimer: Suleymenov M.K., Duysenova A.E. Aktualnyie problemy praktiki primeneniya novogo zakonodatelstva ob arbitrazhe i puti ego sovershenstvovaniya. URL: http://www.zakon.kz/4842020-aktualnye-problemy-praktiki-primeneniya.html?_utl_t=fb
5. Suleymenov M.K., Duysenova A.E. Dostoinstva i nedostatki novogo Zakona ob arbitrazhe. URL: <http://www.zakon.kz/4796696-dostoinstva-i-nedostatki-novogo-zakona.html>
6. Kaldyibaev A.K. Ozhidaemyie neblagopriyatnyie posledstviya novogo zakona «Ob arbitrazhe» i puti ih preodoleniya. URL: <https://www.zakon.kz/4799693-ozhidaemye-neblagoprijatnye.html>
7. Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration, Savage and Gaillard (ed) (1999), 635 para. 1178.
8. Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration, Savage and Gaillard (ed) (1999), 221 para. 424.
9. Tukulov B. A. Novyyi Zakon Respubliki Kazahstan «Ob arbitrazhe»: Vnimanie nekotoryim problemnyim momentam. URL: <https://www.zakon.kz/4795629-novyjj-zakon-respubliki-kazakhstan-ob.html>
10. International Arbitration: Law and Practice (Second Edition), Born (2015), para. 2.06.
11. Karabelnikov B.R. Mezhdunarodnyiy kommercheskiy arbitrazh. Uchebnik. – M.: Moskovskaya vysshaya shkola sotsialnyih i ekonomicheskikh nauk, 2013. – С. 117.
12. Karabelnikov B.R. Mezhdunarodnyiy kommercheskiy arbitrazh. Uchebnik. – M.: Moskovskaya vysshaya shkola sotsialnyih i ekonomicheskikh nauk, 2013. – С. 138-139.