

НАУЧНО-ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ ИНСТИТУТ
ЧАСТНОГО ПРАВА КАСПИЙСКОГО УНИВЕРСИТЕТА

ВЗАИМОДЕЙСТВИЕ
ГОСУДАРСТВЕННЫХ
СУДОВ И АРБИТРАЖЕЙ
В СФЕРЕ АЛЬТЕРНАТИВНОГО
РАЗРЕШЕНИЯ СПОРОВ

Материалы научно-практического семинара
(Алматы, 12 октября 2018 г.)

Алматы
2019

УДК 347.9
ББК 67.410
В 40

Ответственные редакторы
М.К. Сулейменов, А.Е. Дуйсенова

В 40 **Взаимодействие государственных судов и арбитражей в сфере альтернативного разрешения споров: Материалы научно-практического семинара (Алматы, 12 октября 2018 г.) / Отв. ред. М.К. Сулейменов, А.Е. Дуйсенова. – Алматы, 2019. – 400 с.**

ISBN 978-601-7993-04-7

Сборник подготовлен на основе материалов одноименного научно-практического семинара, проведенного Научно-исследовательским институтом частного права Каспийского университета совместно с Казахстанским Международным Арбитражем.

В сборник вошли научные доклады и выступления на семинаре ведущих ученых в сфере альтернативного разрешения споров из Казахстана, Кыргызстана, России и Узбекистана, судей Верховного Суда Республики Казахстан, а также практикующих юристов.

Издание адресовано научным работникам, аспирантам, преподавателям юридических факультетов и вузов, студентам, а также работникам суда, прокуратуры, адвокатуры, практикующим юристам и иным лицам, изучающим и применяющим законодательство в сфере альтернативного разрешения споров.

УДК 347.9
ББК 67.410

ISBN 978-601-7993-04-7

© НИИ частного права КОУ, 2019
© Коллектив авторов, 2019

О.Ю. Скворцов

ИДЕОЛОГИЯ И ЮРИДИЧЕСКАЯ ТЕХНИКА КОНСЕРВАТИВНОЙ МОДЕЛИ РЕГУЛИРОВАНИЯ КОММЕРЧЕСКОГО АРБИТРАЖА

В конце XX века в России, как и в других государствах постсоветского пространства, произошло коренное изменение социально-экономического уклада. Вследствие этого были перестроены практически все сферы общественной и экономической жизни. Коренное переформатирование не могло не коснуться и юрисдикционной сферы. Результатом изменений в правовой сфере области стало формирование адекватных рыночной экономике механизмов разрешения предпринимательских споров, среди которых важнейшее место занимает коммерческий арбитраж¹. Как Россия, так и Казахстан на начальном этапе рыночной экономики ввели институт третейского разбирательства гражданско-правовых споров. Регулирование в обоих государствах осуществлялось на основе крайне либеральной модели. Эта модель не предполагала государственного вмешательства в сферу деятельности третейских судов. Основной контроль за третейскими судами осуществлялся государственными судами при принудительном исполнении арбитражных решений, а

¹ Поскольку идеи настоящей статьи развиваются на основе материала российского права, необходимо отметить особенности терминологии, используемой российскими юристами. Ключевой термин «арбитраж», применяемый в предлагаемой статье, употребляется для обозначения: (1) отдельной ветви государственных судов, рассматривающих экономические споры между предпринимателями; (2) частных арбитражей, рассматривающих гражданско-правовые споры. В рамках настоящей статьи речь идет исключительно о «классическом» арбитраже, то есть негосударственном юрисдикционном образовании, рассматривающем спор частноправового характера.

также при их оспаривании участниками третейского разбирательства. Такой либерализм привел к тому, что участники рыночного оборота весьма часто злоупотребляли возможностями, связанными с использованием третейского суда как механизма разрешения споров и защиты прав. Государство не могло не обратить внимания на те злоупотребления, которые царили в этой сфере. Во второй половине десятых годов XX века как в России, так и в Казахстане была предпринята коренная реформа арбитража. Однако пути государств в этой сфере разошлись. Если Казахстан пошёл по пути создания нейтральной модели регулирования арбитража, то Российская Федерация заложила начало консервативного подхода к арбитражу.

В 1993 году было принято Временное положение о третейском суде для разрешения экономических споров, которое положило начало интенсивному развитию арбитража в России. В дальнейшем институт третейского разбирательства еще дважды подвергался реформированию. В 2002 году был принят Федеральный закон «О третейском разбирательстве в Российской Федерации», который унаследовал либеральную идеологию Временного положения.

В результате действия либерального законодательства об арбитраже в течении 25 лет в России было создано несколько тысяч постоянно действующих арбитражных учреждений, которые рассматривали десятки тысяч споров каждый год¹. Анализ юридической техники, на основе которой было сформулировано законодательство об арбитраже, позволяет сделать вывод о том, что в России первоначально была создана такая модель арбитража, которая минимизировала патернализм государства в этой области. Арбитражи создавались любыми лицами, включая коммерческие организации. Создание арбитража имело явочный характер, разрешения государства для этого не требовалось, а об образовании арбитража его учредители должны были лишь уведомить государственный суд, на территории которого был создан арбитраж. При этом каких-либо санкций за неуведомление не

¹ Сложно указать точную цифру созданных арбитражей, поскольку официальной статистики никогда не велось. Приведенные данные основаны на экспертных оценках, высказываемых специалистами в этой области.

предусматривалось. Закон предоставлял арбитражам широкую возможность рассматривать практически все категории гражданско-правовых споров, за исключением дел о банкротстве. Отсутствовали нормы, регулирующие ответственность арбитров за убытки, которые причинены ненадлежащим исполнением обязанностей.

Таким образом, за относительно короткий промежуток времени был накоплен значительный опыт рассмотрения коммерческих споров органами частной юрисдикции. Вместе с тем этот опыт имел не только положительные, но и отрицательные результаты. В частности, российская правовая практика столкнулась с явлением, которое получило наименование «карманные арбитражи». Под «карманными арбитражами» понимались такие третейские суды, которые создавались недобросовестными участниками коммерческого оборота для решения незаконных, иной раз мошеннических целей.

В 2015 году вступил в силу Федеральный закон «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации», который вместе с примыкающими к нему нормативными правовыми актами, так или иначе обеспечивающих указанный законодательный акт, концептуально изменил регулирование арбитража.

Основной смысл и значение третейского разбирательства состоит в том, что он представляет из себя институт гражданского общества. При этом содержательная сторона этого института в том, что он является тем юридическим инструментарием, который используется гражданским обществом (и прежде всего частными предпринимателями в экономической сфере) для разрешения возникающих споров без участия государства, которое осуществляет правосудие через систему государственных судов. Однако, как показывает практика, государство не равнодушно к тому, каким образом гражданское общество реализует саморегулирование, особенно в такой чувствительной сфере, каковой являются разрешение споров и защита субъективных гражданских прав. Таким образом, применительно к третейским судам влияние государства имеет два аспекта: с одной стороны, оно содействует третейскому разбирательству и, с другой стороны, в определенной степени контролирует деятельность третейских судов.

Одним из критериев, на основании которого определяется модель регулирования арбитража, является степень контроля за третейским разбирательством со стороны государства и те юридические механизмы, при помощи которых государство осуществляет такой контроль.

Новейший исторический опыт регулирования деятельности арбитража в России позволяет сделать вывод о том, что российское законодательство знает две модели арбитража – *либеральную* и *консервативную*. Необходимо отметить, что первоначально в российском законодательстве была реализована модель *крайне либерального* арбитража, поскольку отразила почти полный отказ государства от контроля третейских судов. Эта модель в значительной степени отражала тот наивный романтизм, который свойственен переходным периодам в истории любого государства. Казалось, что с укоренением экономической свободы и введением соответствующему ей либеральному правопорядку будет реализована идея справедливого общества. Идеи общественные проецировались и на создаваемые юрисдикционные механизмы.

Либеральная модель коммерческого арбитража способствовала значительному росту третейских судов в России. Если говорить об идеологии, на которой основывалось проведение реформ третейского разбирательства, то их определяющим началом стал принцип почти полного самоустранения государства от контроля за созданием и деятельностью третейских судов (такой контроль осуществлялся только на стадии оспаривания решений третейских судов и их принудительного исполнения). В свою очередь, это повлекло как положительные, так и отрицательные последствия регулирования арбитража, причем последствия диаметрально противоположного свойства.

Позитивным следствием либерального подхода к арбитражу явился взрывообразный рост третейских судов, что, в свою очередь, служило на пользу государству, поскольку освобождало его от трат, связанных с осуществлением правосудия. При этом в ментальности юристов укоренялось понимание и значение той роли альтернативных способов разрешения споров, которую эти инструменты должны играть в юрисдикционной системе государства.

Что же касается отрицательных последствий того подхода, который был избран российским законодателем в рамках двух первых реформ, то таковой заключается в том, что почти неограниченная свобода, предоставленная участникам оборота в области арбитража, спровоцировала недобросовестных лиц использовать арбитраж как инструмент реализации незаконных схем. Наиболее наглядно негативные последствия предельной свободы проявились в вопросах перераспределения собственности. Кроме того, широкое распространение получила практика манипуляции арбитрами и, как следствие, нарушение фундаментального начала арбитражного права – принципа беспристрастности и независимости третейских судей. В целом подобного рода явления стали характеризоваться с использованием говорящего за себя термина «карманные третейские суды».

Рост негативных проявлений деятельности третейских судов не мог быть не замечен властями. Это обстоятельство привело к убеждению о *необходимости смены либеральной парадигмы* регулирования третейского разбирательства. Собственно, это обстоятельство и стало причиной реформирования в России законодательства о третейских судах в 2015 году. Лейтмотивом этой реформы стала идея о необходимости усиления государственного контроля за деятельностью третейских судов.

Такая реформа готовилась Министерством юстиции России и обсуждалась довольно долго¹, на протяжении нескольких лет, и встречала резкое неприятие со стороны значительной части как экспертного, так и делового сообщества. Вместе с тем в определенной степени реформа оказалась подготовленной с точки зрения той «антиарбитражной» практики, которая сложилась в период с 2006 по 2014 год под влиянием Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации.

В рамках формирования консервативной модели российского арбитража была выработана юридическая техника, в

¹ Об истории и этапах реформы см. *Севастьянов Г.В.* Третейская реформа в России: хронология основных событий и специфика содержания. // *Международный коммерческий арбитраж и вопросы частного права: Сборник статей.* / Сост. и отв. ред. И.П. Грешников. – М.: Статут, 2015. С. 29-62.

рамках которой можно выделить пять основных направлений реформирования.

Первое направление реформы состояло в введении института «*контроля на входе*». Суть регулирования в этой сфере состояла в том, что был реализован отказ от явочно-уведомительного и введен разрешительный порядок учреждения постоянно действующих третейских судов. Законодатель посчитал необходимым существенным образом ограничить круг лиц, имеющих право учреждать постоянно действующие арбитражные учреждения. Была введена многоступенчатая система контроля за созданием арбитражного учреждения. Элементами этой системы стали Совет по совершенствованию третейского разбирательства и Министерство юстиции Российской Федерации¹. При этом контролирующим органам была предоставлена возможность использовать «каучуковые» понятия для оценки вновь создаваемых арбитражных учреждений, таких как «репутация некоммерческой организации, при которой создается постоянно действующее арбитражное учреждение», «масштаб деятельности», «высокий уровень организации деятельности», «широко признанная международная репутация» (в отношении иностранного арбитражного учреждения). Очевидно, что использование этих понятий в значительной степени субъективно и позволяет осуществлять гибкую и меняющуюся политику в отношении третейских судов. Кроме того, была обеспечена значительная степень усмотрения контролирующего органа (Министерства юстиции Российской Федерации) за текущей деятельностью арбитражных учреждений, вплоть до возможности обращаться в суд за их упразднением в случае выявленных нарушений. Все эти возможности контроля со стороны указанных органов за созданием и деятельностью постоянно действующих арбитражных учреждений сопровождаются установлением зна-

¹ До 2018 года элементом системы контроля за третейскими судами «на входе» было и Правительство Российской Федерации, которое выдавало разрешения на деятельность арбитража. Однако избыточность такого контроля, видимо, стала очевидной и для реформатора. Вследствие этого был снижен уровень принятия решения о выдаче разрешения на деятельность. Это стало компетенцией Министерства юстиции Российской Федерации.

чительного количества требований бюрократического характера, которые должны быть соблюдены при их создании.

Введение разрешительного порядка создания постоянно действующих третейских судов таит в себе еще одну опасность, касающуюся авторитетных иностранных арбитражей. Введение этой нормы привело к тому, что признанные западные арбитражи воздерживаются от получения разрешения на арбитражное разбирательство на территории Российской Федерации¹. Как следствие, это продолжает способствовать «офшоризации» споров с участием российских компаний, ориентированных на экспортно-импортные операции.

Второе направление реформы, которое может быть оценено с позиций консерватизма, коснулось ограничения объема компетенции третейских судов. Следует отметить и то, что такое ограничение компетенции сопровождалось привнесением определенности в круг возможностей, которыми обладает частный арбитраж. Более конкретно это выразилось в том, что был существенно *сужен перечень арбитрабельных споров*. Прежде всего это коснулось такого чувствительного вопроса, как арбитрабельность корпоративных споров, в отношении возможности рассмотрения которых третейскими судами велись дискуссии, а судебная практика склонялась к тому, чтобы полностью запретить коммерческому арбитражу рассматривать эту категорию споров. При этом действующее российское законодательство установило, что арбитражи *ad hoc* не вправе рассматривать корпоративные споры ни при каких условиях. Действующее законодательство указывает на недопустимость рассмотрения третейскими судами споров, вытекающих из деятельности депозитариев, связанной с учетом прав на акции и иные ценные бумаги, а также споров, отнесенных к подсудности Суда по интеллектуальным правам. Третейские суды не вправе рассматривать споры о защите деловой репутации в предпринимательской и иной экономической деятельности. Установлен запрет и на рассмотрение третей-

¹ На момент подготовки настоящей статьи единственным арбитражным учреждением, обратившимся к российским властям за получением разрешения на деятельность, стал Гонконгский международный арбитражный центр.

скими судами таких категорий споров, которые вытекают из применения законодательства о приватизации, законодательства о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для государственных и муниципальных нужд, а также связанных с возмещением вреда, причиненного окружающей среде. Таким образом, российский законодатель пошел по пути установления перечня тех категорий споров, рассмотрение которых запрещено третейским судам. Это устранило существовавшую аморфность предыдущего законодательства в отношении круга арбитрабельных споров.

В то же время был отвергнут предлагавшийся юридикотехнический прием к определению компетенции третейских судов на основе нашедшего свое применение в практике других государств и состоящий в том, чтобы признавать арбитрабельными те категории частноправовых споров, в которых стороны вправе распоряжаться своими процессуальными правами и, в частности, – заключать мирные соглашения.

Третье направление реформы, основанное на консервативном подходе к регулированию третейского разбирательства, состоит *в ограничении круга субъектов*, которые имеют право разрешать гражданско-правовые споры в порядке третейского разбирательства. Так, установлен запрет на рассмотрение в арбитраже споров, вытекающих из деятельности публично-правовых компаний, государственных компаний, государственных корпораций, и связанным с их правовым положением порядком управления ими, их созданием, реорганизацией, ликвидацией, организацией и с полномочиями их органов, ответственностью лиц, входящих в их органы. Кроме того, из числа арбитрабельных исключены споры о защите интеллектуальных прав с участием организаций, осуществляющих коллективное управление авторскими и смежными правами.

В то же время ограничение круга субъектов, которые вправе прибегнуть к арбитражному разбирательству, сопровождалось появлением в третейском процессе фигуры прокурора. Это положение было порождено судебной практикой, но нашло свое законодательное закрепление в ходе реформирования. Очевидно, что прокурор как процессуальный участник арбитражного разбирательства отражает ско-

рее консервативные тенденции регулирования этого института и вполне можно прогнозировать, что его возможное участие в разбирательстве не будет стимулировать интерес субъектов коммерческого оборота избирать именно этот механизм защиты гражданских прав.

Четвертое направление реформирования третейского разбирательства заключается в существенном *ограничении возможностей арбитража ad hoc*. Так, арбитраж ad hoc в силу законодательных предписаний оказался лишен возможности рассматривать корпоративные споры. Он не вправе обращаться к компетентным государственным судам с просьбой о содействии в получении доказательств, содействии в принятии обеспечительных мер и проч. Таким образом, законодатель установил разные правовые режимы деятельности, с одной стороны, постоянно действующих арбитражных учреждений, а, с другой стороны, арбитражей ad hoc. При этом круг правовых возможностей арбитража ad hoc существенно уже, нежели возможности постоянно действующего арбитражного учреждения.

В то же время при регулировании деятельности арбитража ad hoc ряд вопросов оказался нерешенным. В частности, разрешительный порядок не может быть распространен на эту разновидность третейских судов. Таким образом, можно прогнозировать, что введение разрешительного порядка создания постоянно действующих арбитражных учреждений приведет к перетоку некоторых категорий споров в сферу разбирательства ad hoc, контроль за текущей деятельностью которых со стороны органов исполнительной власти оказался затруднен, а может быть, даже и невозможен.

Пятое направление реформы арбитража заключается в *усилении патерналистской роли государства в «контроле на выходе»*, под которым мы понимаем возможность привлечения постоянно действующего арбитражного учреждения к гражданско-правовой ответственности, а также ответственность в виде возможности упразднения конкретного третейского суда вследствие допущенных нарушений. В целом помимо процессуального контроля за третейским разбирательством, который традиционно реализуется судебной властью в рамках процедур оспаривания и принудительного исполнения арбитражных решений, введен еще и админи-

стративный контроль, осуществляемый органами исполнительной власти. Как известно, бюрократический контроль менее эффективен, нежели судебный контроль. К тому же он еще чреват гипотетическими злоупотреблениями со стороны чиновников и коррупцией. Тем не менее, исходя из патерналистских соображений, российское государство пошло по пути создания соответствующих механизмов контроля за третейскими судами.

Комплекс указанных мероприятий позволил создать в российской юрисдикционной системе консервативную модель регулирования арбитража, которая, очевидно, будет существовать на протяжении довольно длительного срока.

Введение консервативной модели третейского разбирательства таит в себе существенную опасность, которая заключается в том, что *частный арбитраж втягивается в государственную юрисдикционную систему*. Это влечет ограничение спектра заключения арбитражных соглашений, возможностей выбора (назначения) арбитров, бюрократизация постоянно действующих арбитражных учреждений, вытеснение из правового поля арбитражей *ad hoc*, определенного рода произвол при оценке арбитражного учреждения в процессе его создания и функционирования и т.д. В целом все эти обстоятельства деформируют фундаментальное начало, на котором базируется арбитраж – принцип автономии воли участников оборота. В конечном итоге такая ситуация может привести к непредсказуемому результату с точки зрения самого существования института арбитража в юрисдикционной системе нашего государства.

М.Э. Морозов

ПРОБЛЕМЫ ГОСУДАРСТВЕННОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ АРБИТРАЖА В РОССИИ

Новейшая российская история арбитража знает периоды его расцвета, стагнации и делится на три этапа: период временного регулирования, период действия Закона «О третейских судах в Российской Федерации» и период реформы арбитража. Был изменен не только закон о внутреннем арби-

траже (теперь это закон «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации»¹, но и процессуальные кодексы, а также законы, связанные с арбитражем. Существенно изменилось отношение государства к арбитражу. Отношение государства к арбитражу проявляется как в его нормотворческой деятельности, так и в создании условий для расцвета или ослабления явления. Причем вполне возможно, что явление признается позитивным и одобряемым, но государство может создать такие условия, при которых это явление не сможет развиваться. Формами реагирования государства на арбитраж могут быть:

- легализация деятельности (разрешительный порядок деятельности);
- судебный контроль арбитражных решений;
- содействие государства в арбитраже;
- формирование законодательной базы и правоприменительной практики в русле общепринятых концепций арбитража;
- формирование отношения к арбитражу.

Далеко не все в этом взаимодействии зависит от государства, поскольку многое определяется не менее значимыми факторами: поведением арбитражных институтов и научными воззрениями, правовой культурой. Годы развития этих отношений можно разделить на два этапа: до принятия Закона «Об арбитраже» и после него. Поскольку с его принятием изменилось не только количество третейских судов, но и начало меняться отношение к арбитражу.

Легализация деятельности арбитражных учреждений

Кардинальное изменение Закона «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» состояло в переходе от уведомительного к разрешительному порядку деятельности по администрированию арбитража. Теперь обеспечивать помощь арбитрам в организации арбитража могли только лица, получившие разре-

¹ Федеральный закон от 29.12.2015 №382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» // Российская газета. 2015, 31 декабря, №297.

шение. При этом получение разрешения происходило на уровне Правительства РФ, по процедуре, предусматривающей достаточно большое усмотрение со стороны Минюста в вопросе соблюдения установленных критериев. Это привело к тому, что число арбитражных учреждений сократилось с примерно 3500 до 6. Хотя доверие к оставшимся арбитражным учреждениям со стороны судебной системы и государства в целом выросло. С другой стороны, пышным цветом расцвело ранее экзотическое явление – рассмотрение споров в порядке *ad hoc*. Поскольку заградительные требования, связанные с получением разрешения, на *ad hoc* не распространяются, то эта разновидность арбитража вобрала в себя специалистов самой разной квалификации.

Судебный контроль

Указанный блок развивается в благоприятном для арбитража русле. Судебная практика приобрела вполне зримые очертания и определенную устойчивость. Назвать ее про-арбитражной еще нельзя, но тенденция к этому уже просматривается. Каучуковая норма об «основополагающих принципах права» или «публичном порядке» применяется, но все же как исключение. Обычно ее используют, когда суд видит нарушение, которое не подходит под иные формы нарушений. Контроль в арбитражных судах сведен к формально-юридическому контролю, а не к контролю существа решения. Однако последнее обстоятельство достаточно четко прослеживается лишь в кассационной и надзорной инстанциях. В то же время при рассмотрении дел в первой инстанции существует множество проявлений того, что тяга к полному контролю осталась неизжитой по сию пору. Та же картина наблюдается и в судах общей юрисдикции.

Содействие государства арбитражу

Государственные суды получили полномочия по содействию арбитражу (рассмотрение отводов арбитрам, назначение арбитров и содействие в истребовании доказа-

тельств). Указанные функции являются принципиально новыми для российских судов. Рассмотрение отводов арбитрам можно отнести к процедурам избыточного регулирования, поскольку они обладают крайне низкой степенью эффективности, да используются крайне редко.

В случае содействия государственного суда в назначении арбитра, если он не может быть назначен в рамках согласованной сторонами процедуры, возникает другая проблема. Для российского гражданского и арбитражного процесса такая функция суда выбивается из понимания задач судебного процесса. Производя назначение третейского судьи, суд не разрешает спор, не защищает нарушенные права, а выступает в роли назначающего органа. При этом он еще должен определиться, насколько арбитражное соглашение является действительным, хотя такой вопрос сторона перед ним не ставила. Существующие процессуальные механизмы состязательного процесса и ограниченной активности суда плохо приспособлены для этого. Суд при этом связан ч. 3 ст. 243 АПК РФ, устанавливающей: «путем исследования представленных в суд доказательств в обоснование заявленных требований и возражений». Такой законодательный прием свидетельствует об ограниченной возможности суда самостоятельно собирать и истребовать доказательства, что соответствует подходам, закрепленным в главе 7 АПК РФ. Хотя в данном случае выяснение информации об арбитраже вряд ли можно отнести к классическому пониманию доказательства.

Механизм выбора арбитра или его критерии не обозначены даже приблизительно. То есть, выполняя функции содействия, судья связан доводами заявления стороны процесса, представленными ею доказательствами, правилами арбитража и закона в части установления требований к арбитру. В то же время на суд возлагается обязанность проверки соответствия арбитра установленным требованиям (включая его независимость и беспристрастность), а также получение от арбитра документа о готовности им принять полномочия арбитра. Сбор и оценка доказательств – для суда функция привычная, но не поиск и получение согласия от арбитра по форме, установленной арбитражным учреждением.

Формирование законодательной базы и правоприменительной практики в русле общепринятых концепций арбитража

Принятие закона повлекло неоднозначные последствия. В части регулирования процедуры арбитража исправлено множество недочетов и в этой части закон работает на продвижение арбитража. Судебная практика сформировала подходы об условиях окончательности арбитражного решения. Природа арбитражного соглашения определяется на основе смешанной теории, хотя и сторонники договорной теории не сдают своих позиций. Изменением закона решены проблемы сохранения арбитражного соглашения при цессии, расширена компетенция арбитража (добавлены корпоративные споры и споры из госконтрактов), установлены требования к форме арбитражного соглашения, а сомнения должны толковаться в пользу его действительности.

Существенным стало малозаметное изменение – из закона исчезло положение, запрещающее включать арбитражное соглашение в договоры присоединения. Причины исчезновения этого вполне обоснованного запрета неизвестны. Вероятно, эти изменения вызваны новой редакцией статьи 428 ГК РФ. Дело в том, что любое условие договора присоединения может быть оспорено, если оно имеет признаки диспаритетности или явно обременительные условия. То обстоятельство, что арбитражная оговорка не регулируется ГК РФ, а расторжение осуществляется в судебном порядке, разработчики закона из внимания упустили. Поэтому, даже если условие об арбитраже нарушает баланс интересов сторон, то расторгать его нужно через суд (скорее всего государственный). Более того, до момента расторжения арбитражная оговорка будет считаться заключенной, а значит, будет и компетенция третейского суда, несмотря на отсутствие воли лица на заключение арбитражного соглашения. При этом в случае расторжения договор будет считаться измененным с момента его заключения. Соответственно, правовая определенность по вопросу компетенции третейского суда может проявиться только после прохождения процедуры такого оспаривания.

Таким образом, компетенция третейского суда в договорах присоединения в скором времени появится на острие судебной практики.

Расширена компетенция третейского суда в части споров о разделе между супругами совместно нажитого имущества. Причем сделано это было весьма необычным образом, в пп. 2 п. 2 ст. 22.1 ГПК РФ в разделе споров, которые не подлежат передаче в третейский суд, было сделано исключение для данной категории споров. Не вполне ясна правовая сила вынесенного в таком случае решения, т.е. обладает ли оно правовой силой решения компетентного суда или же на него необходимо получать исполнительный лист, как в случае изменений в юридические реестры.

Изменен порядок выдачи исполнительного листа. Решение третейского суда может быть возвращено для устранения недостатков. В ст. 37 Закона, а также в ст. 232 АПК РФ установлено, что третейское разбирательство может быть возобновлено, если сторона не была уведомлена или не смогла изложить свою позицию по спору. Основанием к такому возврату могут стать не только ошибки, но и устранение проблем компетенции, необходимость учета мнения стороны, которая не участвовала в заседании. Таким образом, для устранения этих недостатков третейскому суду будет необходимо пересмотреть дело с учетом обстоятельств, связанных с его возвратом. Представляется, что такой подход еще больше подрывает свойство окончательности решения, которые многие и так ставили под вопрос¹. Неясно, с помощью какого процессуального акта должны устраняться недостатки вынесенного решения. Таким актом может быть постановление третейского суда о внесении изменений в решение. Оснований к отмене решения или утраты его правовой силы не имеется. Поскольку процесс в государственном суде идет в отношении уже вынесенного решения, то именно в него нужно вносить изменения. Отмена решения не разрешит проблемы, но и породит новые, поскольку в отношении нового решения в государственном суде никакие действия не совершались.

¹ Гавриленко В.А. Судебное решение в третейском разбирательстве споров. Великий Новгород: НовГУ им. Ярослава Мудрого, 2008. С. 15.

В части установления необходимости получения разрешения на администрирование арбитража Россия явно отошла от мировых подходов.

Формирование позитивного отношения к арбитражу

В этой функции важнейшая роль отводится государству. От того, каким образом оно будет общаться с арбитражем, насколько уважительно относится к его решениям и к институту третейского суда, зависит отношение к нему предпринимателей. С этой функцией все обстоит хуже, чем с остальными. Точнее сказать, на уровне лозунгов арбитражу обеспечивается полная поддержка и уважительное отношение, но конкретные проявления свидетельствуют, что наблюдается обратная тенденция. Безусловно, государственные судьи разъясняют сторонам право прибегнуть к арбитражу. Подозрительность в отношении арбитража как имитации правового спора для прикрытия противоправных интересов – вполне массовое явление в судах первой инстанции. Но что еще хуже, многие судьи, плохо представляя себе природу арбитража, видят нарушения там, где их вообще нет. Нарушение видится иногда в том, что арбитраж применил иные подходы в решении каких-то вопросов, чем принятые в государственном суде.

На уровне субъектов федерации взаимодействие зачастую сводится к участию в совместных семинарах и не более того. Никакой возможности влиять на выработку правового подхода через судебную практику нет, мнение третейского суда по правовым вопросам расценивается чуть ли не как давление на суд.

Не менее важен анализ причин, почему обращение к арбитражу не приобретает широкое распространение в России. Как они соотносятся с причинами, послужившими распространению арбитража за рубежом. В качестве основных стимулов к обращению в третейский суд обычно приводятся следующие:

- доверие к третейскому суду как к институту в целом;
- доверие к конкретным арбитрам и признание их авторитета;

- конфиденциальность рассмотрения спора;
- оперативность рассмотрения спора;
- меньшие расходы на рассмотрение спора.

Нельзя однозначно определить, какая из этих причин является ключевой для развития АРС за рубежом. Каждая из них существует в иных правовых и культурных условиях, а потому наполняется иным смыслом, чем в России. Так, размер судебных расходов и срок рассмотрения дел играют столь важную роль потому, что в зарубежных государственных судах они на порядок больше российских и являются очень значительными. Уже одно это дает арбитражу за рубежом неоспоримые преимущества перед государственным судом, поскольку экономия слишком существенна. Эти два стимула (хотя их влияние меньше, чем за рубежом) привели к развитию арбитража в России. Но их недостаточно, поскольку они придают экономический смысл обращения к арбитражу, хотя существенно меньший, чем за рубежом, но ложатся на неподготовленную в культурно-психологическом отношении почву.

Принцип конфиденциальности третейского разбирательства в зарубежных странах крайне важен для развития третейских судов потому, что открытый судебный процесс наносит удар по репутации сторон независимо от его исхода. Участие в судебном процессе может свидетельствовать о низком управленческом уровне, неумении регулировать финансовые потоки, отсутствию навыков разрешения конфликта, а также приводить к ощутимым финансовым и репутационным потерям. Конфиденциальность арбитража позволяет всего этого избежать. В России участие в суде не испугает никого из контрагентов, поэтому скрывать участие в суде не имеет смысла. Неисполнение обязательств у предпринимателей не считается зазорным и его нарушение не наказывается общественным порицанием. Такой диссонанс закона и морали влечет невыгодность законопослушания и отсутствие мотивов урегулировать конфликт. В российской ментальности законопослушание не было отличительной чертой, скорее культивировалась обязанность следования установленным данным сообществом моральным принципам. С ослабеванием моральных ограничений следование закону также ослабло. Соответствен-

но, принцип конфиденциальности арбитража не является заметным стимулом использования АРС. Изменение закона через расширение компетенции арбитража в корпоративных спорах еще больше его ослабило. В этой сфере закон вообще отрицает конфиденциальность, делая принципом публичность. При этом арбитраж остается тем же самым арбитражем, т.е. принцип конфиденциальности отнюдь не был столпом арбитража, без которого он не может обойтись.

Авторитет арбитра играет определенную роль при его выборе сторонами, но сколько мы можем припомнить случаев, когда российские стороны подчинялись решению и добровольно его исполняли из-за уважения к мнению арбитра? Даже общепризнанные светила права вряд ли скажут, что своим решением они *убедили* стороны в правильности решения. Я не могу припомнить случая, когда бы стороны обратились в третейский суд, и их интересовало бы *мнение судьи* по правовому вопросу, а не возможность принудительного исполнения. Это красноречиво подтверждает тот факт, что разрешение правового конфликта в форме выдачи правового заключения по спору в России отсутствует. Авторитет любого судьи базируется на его независимости от сторон и способности решить спор наиболее эффективно с точки зрения сторон. Базой арбитража всегда было личное доверие к арбитру: его моральным качествам и его профессиональной квалификации. Нельзя сказать, что авторитет третейского суда существенно ниже, чем, скажем, арбитражного. У последнего он также имеет существенные возможности для роста и ощутимо ниже, чем авторитет судьи в зарубежных странах. Соответственно, авторитет арбитра редко играет роль при решении вопроса: обратиться в государственный суд или же в третейский.

Третейский суд не воспринят российской правовой системой как *нормальный* способ разрешения спора и до сих пор воспринимается как «правовая аномалия». Заключение третейского соглашения в стадии конфликта сторон вызывает умственный поиск: для прикрытия чего именно это могло потребоваться. Мысль о том, что это обоюдная воля сторон разрешить их конфликт, приходит в последнюю очередь.

Причины расцвета российского *ad hoc*

Реформа арбитража, приведшая к уничтожению постоянно действующих третейских судов, привела к воскрешению давно позабытого явления – *ad hoc*. Эта форма арбитража фактически выполняет роль, хоть и неполноценной, но все же замены институциональным арбитражам. Если традиционный подход в значительной степени базировался на доверии к личности, то российский арбитр *ad hoc* по большей части для сторон абсолютно неизвестен. Его выбор происходит скорее от безысходности, поскольку иного способа обратиться к доступному третейскому суду стороны не имеют. Именно поэтому им приходится выбирать не того, кому они могут доверять, а того, кто в состоянии произвести эту процедуру. Стоит отметить еще одну российскую особенность. Заключение арбитражного соглашения происходит не всегда в условиях свободного волеизъявления. В большинстве случаев такое соглашение производно от экономического или правового доминирования одной из сторон. То есть выбор формы разрешения спора производится доминирующей стороной в условиях, когда другая сторона или безразлична к этому условию или не способна противодействовать его включению в договор. В таких условиях роль арбитра как личности, которой доверяют обе стороны, в значительной степени нивелирована.

Многие арбитры действуют при полном отсутствии правил арбитража, нет никаких данных о гонорарах арбитров, что может косвенно свидетельствовать об отсутствии нормального волеизъявления сторон на реальное рассмотрение споров. Иначе, как объяснить, что стороны доверяют разрешение спора малоизвестному лицу, не понимая стоимости разбирательства и правил, по которым оно будет произведено. Переход на арбитраж *ad hoc* стал происходить в массовом порядке, и инициатором такого перехода стали утратившие возможность работы арбитражные институты. Привыкшие к арбитражу стороны формируют спрос на доступный арбитраж, которого они лишились. Поэтому на место нескольких сотен третейских судов в один момент пришли десятки арбитров *ad hoc*. Вряд ли арбитражную реформу при таком исходе можно считать успешно завершённой. Это, в свою очередь, предопределяет высокую вероятность начала борьбы с

арбитражем *ad hoc*. Инициаторы реформы не вняли предложениям изначально ввести регулирование *ad hoc*, которое сняло бы вопрос о некоторых злоупотреблениях. Например, отсутствие депонированного решения лишало бы его правовой силы, можно было установить обязательность уведомления Минюста о начале арбитража и раскрытии данных об арбитраже. Однако эти предложения были отвергнуты, и теперь начнется создание механизмов борьбы с *ad hoc*.

Подводя итог, можно резюмировать, что развитие арбитража в судопроизводственной области сделало большой шаг вперед: расширена компетенция, четко определены требования к арбитражному соглашению, введены меры содействия арбитражу, а не только контроль за ним, разрешены многие процедурные вопросы, ранее вызывавшие противоречивую практику. В судоустройственной области Россия пошла своим путем, почти не используемым в других странах. Введение разрешительного порядка администрирования арбитража и императивное установление требований к правилам арбитража отбросили арбитраж в далекое прошлое. Количество рассматриваемых в порядке арбитража дел сократилось в сотни раз. Регулирование частноправового феномена императивными средствами крайне редко дает позитивный эффект. В любом случае роль частного волеизъявления, лежавшего в основе арбитража, была кардинально урезана. Что перевесит негативный эффект реформы или его позитивный эффект покажет время.

*М.К. Сулейменов,
А.Е. Дуйсенова*

ВЗАИМОДЕЙСТВИЕ СУДОВ И АРБИТРАЖЕЙ: ПРОБЛЕМЫ ТЕОРИИ И ПРАКТИКИ

Введение

Практика деятельности арбитражей во многом зависит от политики государственных судов, поскольку арбитраж, являясь негосударственным судом, не наделен соответствующими властными полномочиями. Без взаимодействия ар-

битражей с государственными судами невозможно представить успешное развитие и деятельность арбитража ни в одной стране мира.

Существует только четыре случая взаимодействия арбитража и государственного суда, при которых применяется Гражданский процессуальный кодекс Республики Казахстан от 31 октября 2015 года (далее – ГПК):

1) разграничение компетенции: по общему правилу, если есть арбитражная оговорка, государственный суд не вправе рассматривать спор;

2) обеспечение иска, предъявленного в арбитраж (в соответствии со ст. 155 ГПК стороны арбитражного разбирательства вправе подать в государственный суд заявление об обеспечении иска);

3) отмена арбитражных решений (глава 56 ГПК «Производство по ходатайству об отмене арбитражных решений»);

4) принудительное исполнение арбитражных решений (глава 20 ГПК «Исполнение арбитражного решения», ст. ст. 503-504 ГПК).

Что касается института обеспечения иска, предъявленного в арбитраж, то в практике Казахстанского Международного Арбитража (далее – КМА) никогда не возникало никаких проблем при взаимодействии с государственными судами в этом направлении.

Рассмотрим подробнее три основных случая взаимодействия судов и арбитражей, а также связанные с ними отдельные практические проблемы применения судами арбитражного законодательства.

1. Разграничение компетенции между судом и арбитражем

Согласно п. 1 ст. 8 Закона Республики Казахстан от 08 апреля 2018 года «Об арбитраже» (далее – Закон об арбитраже), спор может быть передан на рассмотрение арбитража при наличии заключенного между сторонами арбитражного соглашения. В соответствии с п. 5 ст. 8 Закона об арбитраже в арбитраж по соглашению сторон могут передаваться споры, вытекающие из гражданско-правовых отношений, между физическими и (или) юридическими лицами.

Перечень споров, неподведомственных арбитражу, предусмотрен в п. 8 и 9 ст. 8 Закона об арбитраже.

Остановимся на некоторых наиболее проблемных вопросах, возникающих при разграничении компетенции между арбитражем и судом.

1.1. Патологические арбитражные оговорки: арбитраж или суд?

При анализе проблемы разграничения компетенции арбитража и государственного суда необходимо обратить внимание на один важный момент. Он касается правильного применения на практике отдельных положений ст. ст. 152 и 279 ГПК при наличии так называемых патологических арбитражных соглашений.

Согласно подп. 7) п. 1 ст. 152 ГПК, судья возвращает исковое заявление, если между сторонами в соответствии с законом заключено соглашение о передаче данного спора на разрешение арбитража, если иное не предусмотрено законом.

В соответствии с подп. 5) ст. 279 ГПК суд оставляет исковое заявление без рассмотрения, если между сторонами в соответствии с законом заключено соглашение о передаче данного спора на разрешение арбитража, если иное не предусмотрено законом.

Что означает в приведенных нормах формула «если иное не предусмотрено законом»?

Подпункт 7) п. 1 ст. 152 и подпункт 5) ст. 279 ГПК следует толковать с учетом положений ст. 10 Закона об арбитраже:

«Суд, в который подан иск по предмету арбитражного разбирательства, должен, если любая из сторон просит об этом, не позднее представления своего первого заявления по существу спора направить стороны в арбитраж, если не найдет, что арбитражное соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено».

Эта статья полностью соответствует п. 1) ст. 8 Типового закона ЮНСИТРАЛ «О международном торговом арбитраже», принятого 21 июня 1985 г. (в редакции с изменениями от 07 июля 2006 г., далее – Типовой закон ЮНСИТРАЛ).

Данная норма, помимо разграничения компетенции меж-

ду арбитражем и государственным судом, направлена, в том числе, и на решение проблемы патологических арбитражных оговорок.

Чаще всего это арбитражные оговорки, предусматривающие передачу всех споров и разногласий из договора на окончательное урегулирование в арбитражный суд. При выяснении действительного волеизъявления сторон оказывается, что одна сторона (как правило, российская компания) имела в виду под Арбитражным судом г. Алматы государственный арбитражный суд (по аналогии с судебной системой РФ), другая же сторона – коммерческий арбитраж, то есть негосударственный суд.

Нередки также случаи указания в арбитражной оговорке вообще несуществующего арбитража. Такая оговорка просто не может быть исполнена.

До недавнего времени существовала парадоксальная ситуация вокруг таких соглашений, поскольку стороны не могли передать спор ни на рассмотрение в государственный суд, ни на рассмотрение в арбитраж.

Благодаря положениям ст. ст. 6-1 и 7-1 ранее действовавших Законов о международном арбитраже и о третейских судах (сейчас данная норма закреплена частично в ст. 10 Закона об арбитраже) эта проблема была законодательно решена для тех случаев, когда применение ст. IV Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже от 21 апреля 1961 г. (далее – Европейская конвенция) было невозможным.

Однако, как показал проведенный нами анализ судебной практики, суды практически не применяют положения ст. 10 Закона об арбитраже в тех случаях, когда арбитражная оговорка является патологической, и просто возвращают исковое заявление или оставляют его без движения со ссылкой на подпункт 7) п. 1 ст. 152 в первом случае и подпункт 5) ст. 279 ГПК – во втором.

Ни один арбитраж при наличии такой патологической арбитражной оговорки не может рассмотреть спор. В то время как, согласно ст. 10 Закона об арбитраже, если суд найдет, что арбитражное соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено, суд не должен возвращать исковое заявление.

Иногда суды просто направляют материалы дела в арби-

траж, который, по мнению суда, является компетентным. Например, 04 октября 2018 г. в Секретариат КМА из Районного суда №2 Ауэзовского района г. Алматы поступили материалы гражданского дела №2-7540-18-00-2/4515 по исковому заявлению гр-на Д. (Истец) к ТОО «А» (Ответчик) о признании сделки недействительной.

В Определении от 13.08.2018 г. суд установил, что согласно п. 7.1 Договора в случае, если споры не могут быть решены путем переговоров, они подлежат разрешению арбитражным судом в соответствии с действующим законодательством РК. В этой связи суд посчитал, что с учетом п. 3 ч. 2 ст. 34 ГПК РК данное гражданское дело необходимо передать по подсудности в Казахстанский Международный Арбитраж для рассмотрения по существу, т.к. данное гражданское дело было принято к производству с нарушением правил подсудности.

Арбитражная оговорка звучала следующим образом: «В случае, если споры не могут быть решены путем переговоров, они подлежат разрешению арбитражным судом в соответствии с действующим законодательством Республики Казахстан».

Поскольку обе стороны являются резидентами РК, применить ст. IV Европейской конвенции для определения постоянно действующего арбитража невозможно. Такая оговорка является патологической, исполнить ее также невозможно, поскольку невозможно идентифицировать арбитраж.

В данном случае суд должен был применить подпункт 5) ст. 279 ГПК с учетом положений ст. 10 Закона об арбитраже: оставить исковое заявление и разрешить спор по существу, а не передавать дело в КМА, который не является компетентным в данном случае.

В соответствии с подпунктом 2) п. 1 ст. 27 Закона об арбитраже арбитраж возвращает исковое заявление, если иск подан в арбитраж, не предусмотренный в арбитражном соглашении. Аналогичное положение предусмотрено подпунктом 2) п. 1 ст. 20 Регламента КМА.

Таким образом, судам необходимо применять подпункт 7) п. 1 ст. 152 и подпункт 5) ст. 279 ГПК с учетом положений ст. 10 Закона об арбитраже.

1.2. Принцип «компетенции-компетенции»

До начала разбирательства дела по существу арбитраж должен определить объем и характер своих полномочий (компетенции) в отношении переданного спора. Для определения компетенции применяется конструкция, именуемая принципом (доктриной) «компетенции-компетенции».

Суть данного принципа состоит в первоочередном принятии решения составом арбитров в отношении собственной компетенции при оспаривании (в том числе и по этому основанию) действительности арбитражного соглашения одной из сторон и возможности последующего контроля действительности арбитражного соглашения со стороны компетентного государственного суда на стадиях признания и приведения в исполнение арбитражного решения.

Содержание принципа «компетенции-компетенции» проявляется в образовании двух правовых эффектов: позитивного и негативного. В «чистом» виде они состоят в следующем:

1) позитивный эффект данного принципа связан с наделением арбитров полномочиями на рассмотрение вопроса в отношении действительности арбитражного соглашения при оспаривании его одной из сторон;

2) запрет на рассмотрение государственным судом вопроса в отношении юридической «судьбы» арбитражного соглашения (наличия компетенции арбитража) до вынесения решения по этому вопросу арбитражем составляет негативный эффект принципа «компетенции-компетенции».

В чем заключается практическая суть позитивного эффекта данного принципа? В том, что он позволяет избежать затягивания арбитражного разбирательства стороной, необоснованно от него уклоняющейся, оспаривая компетенцию арбитража в государственном суде.

Принцип «компетенции-компетенции» в настоящее время признается основными международными конвенциями относящимся к международному коммерческому арбитражу, а также большинством национальных законодательств и большинством арбитражных регламентов постоянно действующих арбитражных центров.

С введением в действие нового Закона об арбитраже этот принцип прямо закреплен в п. 1 ст. 20 Закона об арбитраже:

«1. Арбитраж самостоятельно решает вопрос о наличии или отсутствии у него полномочий (юрисдикции) рассматривать переданный на его разрешение спор, в том числе в случаях, когда одна из сторон возражает против арбитражного разбирательства по причине недействительности арбитражного соглашения. Для этой цели арбитражная оговорка, являющаяся частью договора, толкуется как соглашение, не зависящее от других условий договора. Вынесение арбитражем решения о недействительности договора не влечет за собой недействительности арбитражной оговорки».

В «чистом» виде данный принцип фактически не существует. Большинство правовых порядков, в том числе и казахстанский, исходит из концепции неявного разграничения компетенции государственных судов и арбитражей по вопросу действительности арбитражного соглашения, закрепленной в п. 3 ст. II Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 10 июня 1958 г., далее – Нью-Йоркская конвенция), ст. 8 Типового закона ЮНСИТРАЛ и Законе РК об арбитраже.

Государственный суд не должен дожидаться, пока арбитраж исследует действительность арбитражного соглашения. Но только в строго перечисленных случаях – когда арбитражное соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено.

В этой связи на практике зачастую возникает спорный вопрос, однозначно не решенный законодательно, – кто вправе решать вопрос о действительности арбитражного соглашения (а также вопрос о его расторжении) – государственный суд или арбитраж?

Мы считаем, что данный вопрос вправе решать только арбитраж, предусмотренный в арбитражном соглашении (но не государственный суд), в силу принципа компетенции, предусмотренного ст. 20 Закона об арбитраже.

В практике КМА были случаи, когда сторона пыталась признать недействительным арбитражное соглашение о передаче спора в КМА путем подачи искового заявления в СМЭС г. Алматы. КМА принял участие в этом процессе в качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований. СМЭС г. Алматы в удовлетворении требований истца отказал. Дело было рассмотрено Составом арбитража КМА.

Таким образом, вопрос о действительности арбитражного соглашения в соответствии со ст. 20 Закона об арбитраже должен решаться арбитражем.

1.3. Арбитражное соглашение и договор присоединения

Острая проблема на практике возникла с применением п. 4 ст. 8 Закона об арбитраже, согласно которой арбитражное соглашение о разрешении спора по договору, условия которого определены одной из сторон в формулярах или иных стандартных формах и могли быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения к предложенному договору в целом (договор присоединения), действительно, если такое соглашение заключено после возникновения оснований для предъявления иска.

Ранее аналогичная норма содержалась в Законе о третейских судах (см. п. 3 ст. 7). Однако Законом Республики Казахстан от 03 июля 2013 года №125-V ЗРК «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования деятельности арбитража и третейского суда» (далее – Закон о внесении изменений) из ст. 7 Закона о третейских судах данный пункт был исключен. Такое изменение являлось спорным. В Законе о международном арбитраже такой нормы не было, поскольку в сфере международного коммерческого арбитража, как правило, отсутствует необходимость в защите интересов потребителей – физических лиц.

Что же представляет собой договор присоединения и почему законодатель ввел подобное предписание о недействительности арбитражного соглашения? Согласно ст. 389 ГК договором присоединения признается договор, условия которого определены одной из сторон в формулярах или иных стандартных формах и могут быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения к предложенному договору в целом. Таким образом, все гражданско-правовые договоры в зависимости от процедуры их заключения можно подразделить на взаимосогласованные и договоры присоединения. При заключении взаимосогласованных договоров их условия определяются обеими сторонами. При заключении договоров присоединения их условия вырабаты-

ваются одной из сторон, другая сторона присоединяется к этим условиям¹.

Арбитражная оговорка, будучи включенной в текст договора присоединения, фактически лишает присоединяющуюся сторону свободы волеизъявления. Именно поэтому п. 4 ст. 8 Закона об арбитраже предусматривает, что арбитражное соглашение о разрешении спора по договору, условия которого определены одной из сторон в формулярах или иных стандартных формах и могли быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения к предложенному договору в целом (договор присоединения), действительно, если такое соглашение заключено после возникновения оснований для предъявления иска.

Указанная норма своими идейными истоками имеет зарубежное законодательство о третейском (арбитражном) разбирательстве, которое также формулирует процессуальные конструкции, защищающие экономически более слабые стороны². Следует отметить, что во многих странах ЕС споры по защите прав потребителей вообще являются не арбитрабельными именно по причине необходимости защиты слабой стороны в договоре, которой, как правило, является потребитель.

Судебной практике известны случаи, когда суды необоснованно возвращали исковые заявления, ссылаясь в соответствии с подп. 7) п. 1 ст. 152 ГПК на наличие заключенного между сторонами арбитражного соглашения, несмотря на то, что такое соглашение, включенное в договор присоединения, является недействительным.

Таким образом, следует обратить внимание судов на правильное применение п. 4 ст. 8 Закона об арбитраже, согласно которому арбитражное соглашение о разрешении спора по договору, условия которого определены одной из сторон в формулярах или иных стандартных формах и могли быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения к предложенному договору в целом (договор присоеди-

¹ Гражданское право: Учебник для вузов (академический курс). Т. 1 / Отв. ред.: М.К. Сулейменов, Ю.Г. Басин. Алматы: КазГЮА, 2000. С. 689.

² *Скворцов О.Ю.* Третейское разбирательство предпринимательских споров в России: проблемы, тенденции, перспективы. М.: Волтерс Клувер, 2005. С. 376.

нения), действительно, если такое соглашение заключено после возникновения оснований для предъявления иска.

2. Взаимодействие судов и арбитражей в сфере отмены арбитражных решений

2.1. При отмене судом арбитражного решения арбитраж не является лицом, чьи действия обжалуются

В соответствии с п. 2 ст. 465 ГПК стороны арбитражного разбирательства, а также третьи лица, в случае подачи ими ходатайства об отмене арбитражного решения, извещаются судом о времени и месте судебного заседания. Неявка указанных лиц, извещенных надлежащим образом о времени и месте судебного заседания, не является препятствием к рассмотрению дела.

На практике суды нередко вызывают на судебное заседание не только сторон арбитражного разбирательства, третьих лиц, но и постоянно действующие арбитражи.

Например, Определением СМЭС г. Алматы от 30.10.2017 г. о принятии к производству и возбуждении гражданского дела и установлении языка судопроизводства Ходатайство ТОО «Т» об отмене решения Единоличного арбитра КМА по делу №22/2017 от 27.09.2017 г. по иску ТОО «А» к ТОО «Т» о взыскании суммы задолженности было принято к производству суда, возбуждено гражданское дело.

При этом КМА неверно был определен в Ходатайстве и Судебной повестке в качестве «лица, чьи действия обжалуются», поскольку, согласно ст. ст. 464 и 465 ГПК, арбитраж не является ни лицом, чьи действия обжалуются, ни ответчиком. КМА мог не принимать участия в заседании, однако счел необходимым довести до сведения Суда, а также Сторон арбитражного разбирательства свою позицию по данному делу в порядке объяснения.

Определением СМЭС г. Алматы по делу №7527-17-00-2М/128 от 09.11.2017 г. в удовлетворении Ходатайства ТОО «Т» об отмене решения единоличного арбитра КМА было отказано.

В данном случае судам необходимо обратить внимание на п. 14 Рекомендаций круглого стола «Некоторые вопросы применения Закона Республики Казахстан «Об арбитраже»

(г. Астана, 30 июня 2017 г., далее – Рекомендации Верховного Суда), согласно которым извещение арбитража, об отмене решения которого заявлено, не требуется¹.

2.2. Субъекты отмены арбитражных решений

Проблематичным в Казахстане является вопрос о субъектах отмены арбитражных решений, а именно о третьих лицах. Как известно, обращение к арбитражному разбирательству является одним из способов защиты гражданских прав и возможно лишь при наличии должным образом заключенного между сторонами арбитражного соглашения, являющегося по своей правовой природе гражданско-правовым договором.

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

Таким образом, инициатором арбитражного разбирательства могут быть исключительно стороны арбитражной оговорки.

Нормы о возможности отмены решений арбитражей третьими лицами в казахстанской юридической литературе неоднократно подвергались критике, поскольку решение арбитража обязательно только для сторон и ни в каком случае не может затронуть третьих лиц. Почему третье лицо, не участвовавшее в арбитражном разбирательстве, вдруг получает право на отмену решения арбитража и таким образом вмешивается в отношения двух сторон?

Данная формула несет в себе большой риск для деятельности арбитражей Казахстана, поскольку она создает предпосылки для необоснованной отмены арбитражного решения.

Так, например, практике известны случаи, когда учреди-

¹ Опубликовано на сайте Верховного Суда РК <http://sud.gov.kz/rus/content/rekomendacii-kruglogo-stola-nekotorye-voprosy-primeneniya-zakona-respubliki-kazahstan>.

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

Согласно подп. 4) п. 1 ст. 27 Закона об арбитраже арбитраж возвращает исковое заявление, если затрагиваются интересы третьих лиц, не являющихся участниками арбитражного соглашения.

Применение данной нормы на практике вызывает много вопросов. Нередко стороны, необоснованно ссылаясь на интересы третьих лиц, тем самым пытаются прекратить арбитражное разбирательство¹.

Согласно п. 1 ст. 464 ГПК третье лицо, не привлеченное к участию в деле, но в отношении права и обязанностей которого, арбитраж принял решение, наделяется правом подачи ходатайства об отмене арбитражного решения. При этом следует иметь в виду, что п. 1 ст. 464 ГПК не содержит оснований, по которым арбитражное решение может быть отменено. Такой перечень предусмотрен ст. 52 Закона об арбитраже и носит исчерпывающий характер. Указанная статья такого основания для отмены **арбитражного решения, как нарушение арбитражным решением интересов третьего лица, не предусматривает.**

Таким образом, судам следует иметь в виду, что при применении п. 1 ст. 464 ГПК необходимо соблюдение двух важных условий:

1) правом на подачу ходатайства об отмене арбитражного решения наделено не любое третье лицо, а только то, которое не было привлечено к участию в деле, но в отношении права и обязанностей которого, арбитраж принял решение.

Так, согласно п. 16 Рекомендации Верховного Суда: «Статья 464 ГПК предусматривает исключительный перечень лиц, имеющих право на подачу ходатайства об отмене

¹ См., например: Сборник Решений Казахстанского Международного Арбитража (2008–2013 гг.) // Сост.: Сулейменов М.К., Дуйсенова А.Е. Алматы: КМА, 2014. С. 249-250, 456-458.

решения арбитража. При подаче ходатайства третьим лицом суду следует установить, что арбитраж принял решение в отношении его прав и обязанностей»;

2) третье лицо должно доказать суду наличие оснований для отмены арбитражного решения. Даже в том случае, когда арбитраж действительно вынес арбитражное решение в отношении прав и обязанностей третьего лица, оно все равно должно доказать наличие в деле предусмотренных ст. 52 Закона об арбитраже оснований отмены арбитражного решения.

2.3. При рассмотрении ходатайства об отмене арбитражного решения суд не вправе пересматривать решение по существу

Перечень оснований отмены арбитражных решений, предусмотренный ст. 52 Закона об арбитраже, носит исчерпывающий характер и не подлежит расширительному толкованию.

В ст. 52 Закона об арбитраже предусмотрено два возможных случая отмены решения арбитража государственным судом: 1) по ходатайству об отмене, заявленному одной из сторон; 2) по решению суда (которое может быть принято без ходатайства стороны).

В первом случае, сторона, подавшая такое ходатайство, должна представить соответствующие доказательства. При этом основаниями для подачи ходатайства являются только процессуальные нарушения.

Вместе с тем, как показывает проведенный нами анализ судебной практики, суды нередко при рассмотрении ходатайств об отмене арбитражных решений не ограничиваются исследованием наличия либо отсутствия оснований для отмены арбитражного решения, но и дают свою оценку не только обстоятельствам дела, но и мотивам, по которым было вынесено арбитражное решение, тем самым фактически пересматривая арбитражное решение по существу.

Например, согласно Определению Медеуского районного суда г. Алматы от 12 сентября 2017 г. заявитель гр. А. обратился в суд с заявлением об отмене арбитражного решения, мотивируя свои требования тем, что заочным решением постоянно действующего арбитража «Третейский суд Алматы» от 14 декабря 2015 г. иск ТОО «Б» удовлетворен.

Решено: взыскать с гр. А. в пользу ТОО «Б» сумму задолженности в виде основного долга – 661 201,38 тенге, вознаграждения – 27 230,30 тенге, неустойки – 403 200 тенге, расходы по рассмотрению спора в третейском суде – 32 748,95 тенге, представительские расходы – 109 163,17 тенге, всего – 1 233 543,80 тенге. С данным решением третейского суда заявитель не согласен ввиду необоснованности взысканных сумм, а также отсутствия надлежащего уведомления о дне слушания дела в третейском суде, в связи с чем просил суд отменить указанное решение.

Суд, рассмотрев ходатайство об отмене арбитражного решения, пришел к выводу, что в заявлении гр. А. А.Ж. имеются основания для отмены заочного решения, а именно суду не представлены доказательства о надлежащем уведомлении заявителя о месте и времени судебного заседания в третейском суде, а также суд считает, что необходимо с участием стороны заявителя проверить взысканные суммы, в том числе по пени и представительским расходам.

Если неуведомление стороны о времени и месте третейского разбирательства, действительно, является основанием для отмены решения, то проверка взысканных арбитражем сумм таковым не является, суд не вправе пересматривать арбитражное решение по существу.

Таким образом, необходимо обратить внимание судов на п. 12 Рекомендаций Верховного Суда:

«12. Сторона, против которой вынесено арбитражное решение, должна представить доказательства наличия оснований для отмены арбитражного решения, предусмотренных пунктом 1 статьи 52 Закона. Суд не вправе пересматривать арбитражное решение по существу».

3. Взаимодействие судов и арбитражей в сфере признания и принудительного исполнения арбитражных решений

3.1. Общие положения

В действующем ГПК разграничиваются понятия «арбитраж» и «иностранный арбитраж».

Под арбитражем понимается арбитраж, созданный и действующий в Республике Казахстан (причем это может

быть как институциональный арбитраж, так и арбитраж *ad hoc*). Под иностранным арбитражем – созданный и действующий за пределами Республики Казахстан как институциональный арбитраж, так и арбитраж *ad hoc* (например, Лондонский международный арбитражный суд, МКАС при ТПП РФ и другие).

Поэтому нормы главы 20 «Исполнение арбитражного решения» ГПК (ст. 253–255) посвящены исполнению арбитражного решения, вынесенного казахстанским арбитражем. А нормы главы 57 «Производство по делам с участием иностранных лиц» ГПК (ст. 501, 503, 504) касаются исполнения арбитражного решения, вынесенного иностранным арбитражем.

Решения иностранных международных коммерческих арбитражей в силу Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 10 июня 1958 г., далее – Нью-Йоркская конвенция) подлежат признанию и приведению в исполнение на территории Казахстана в соответствии с ГПК РК.

В ст. 3 Нью-Йоркской конвенции закрепляется следующее положение: «Каждое Договаривающееся Государство признает арбитражные решения как обязательные и приводит их в исполнение в соответствии с процессуальными нормами той территории, где испрашивается признание и приведение в исполнение этих решений, на условиях, изложенных в нижеследующих статьях. К признанию и приведению в исполнение арбитражных решений, к которым применяется настоящая конвенция, не должны применяться существенно более обременительные условия или более высокие пошлины и сборы, или те, которые существуют для признания и приведения в исполнение внутренних арбитражных решений».

В п. 3 ст. 54 Вашингтонской конвенции «О порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами», подписанной 18 марта 1965 г. (далее – Конвенция ICSID), закреплено, что порядок исполнения арбитражного решения определяется законами об исполнении судебных решений, действующими в государстве, на территории которого такое исполнение испрашивается».

3.2. Принудительное исполнение внутренних арбитражных решений

3.2.1. Срок для добровольного исполнения арбитражного решения

В соответствии с п. 1 ст. 253 ГПК в случае, если арбитражное решение не исполнено добровольно в установленный в нем срок, сторона арбитражного разбирательства, в пользу которой вынесено арбитражное решение (взыскатель), вправе обратиться в суд с заявлением о принудительном исполнении арбитражного решения по месту рассмотрения спора арбитражем либо по месту жительства должника или по месту нахождения органа юридического лица, если место жительства или место нахождения неизвестно, то по месту нахождения имущества должника.

В арбитражном решении не всегда устанавливается срок для его добровольного исполнения, что иногда неверно расценивается судами как основание для отказа в принудительном исполнении такого арбитражного решения ввиду преждевременности обращения заявителя в суд.

Так, Определением Суда №2 г. Уральска ЗКО от 10 апреля 2017 года заявителю ИП «Т» было отказано в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение арбитражного решения постоянно действующего арбитража по ЗКО от 21 февраля 2017 г. по иску ИП «Т» к гр. Н. о взыскании долга и неустойки по договору займа от 1 мая 2016 г. В мотивировочной части Определения суд сослался на то, что: «В решении арбитража срок добровольного исполнения решения, предоставленный должнику, не установлен».

Однако при вынесении данного Определения суд не принял во внимание нормы Закона об арбитраже, а именно: п. 3 ст. 45 (арбитражное решение считается принятым в месте арбитражного разбирательства и вступает в силу в день, когда оно подписано арбитром (арбитрами) и п. 2 ст. 54 (если в арбитражном решении срок не установлен, то оно подлежит немедленному исполнению).

Таким образом, судам в случае отсутствия в арбитражном решении срока для его добровольного исполнения необходимо принимать во внимание п. 2 ст. 54 Закона об арбитраже, согласно которому, если в арбитражном решении

срок не установлен, то оно подлежит немедленному исполнению.

3.2.2. Бремя доказывания наличия оснований для отказа в признании и принудительном исполнении арбитражного решения

В соответствии с п. 7 ст. 253 ГПК о поступившем заявлении взыскателя о принудительном исполнении арбитражного решения, а также месте и времени его рассмотрения в судебном заседании суд уведомляет должника. Взыскатель также уведомляется о месте и времени рассмотрения его заявления. Неявка должника или взыскателя в судебное заседание не является препятствием к рассмотрению заявления, если от должника не поступило ходатайство об отложении рассмотрения заявления с указанием уважительных причин невозможности явиться в судебное заседание.

Нередко стороны, надлежащим образом уведомленные судом о месте и времени судебного заседания, на слушание тем не менее не являются. Суды в таком случае, ссылаясь на данный пункт, проводят заседание в отсутствие сторон. Вместе с тем, отказывая в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение арбитражного решения, суды нередко берут на себя бремя доказывания наличия предусмотренных ст. 255 ГПК оснований для отказа в выдаче исполнительного листа.

Например, Определением Суда №2 г. Уральска ЗКО от 10 апреля 2017 года заявителю ИП «Т» было отказано в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение арбитражного решения постоянно действующего арбитража по ЗКО от 21 февраля 2017 г. по иску ИП «Т» к гр. Н. о взыскании долга и неустойки по договору займа от 1 мая 2016 г. Как следует из Определения, стороны, надлежащим образом уведомленные о дате и времени, на заседание не явились.

С одной стороны, согласно п. 7 ст. 253 ГПК, действительно, неявка взыскателя, должника в судебное заседание не является препятствием к рассмотрению заявления. Однако, с другой стороны, согласно подпункту 1) п. 1 ст. 255 ГПК, подпункту 1) п. 1 ст. 57 Закона об арбитраже, бремя доказывания наличия оснований для отказа в признании и (или) принудительном исполнении арбитражного решения

лежит не на суде, а на стороне, против которой было принято арбитражное решение. В данном случае суд, отказывая в выдаче исполнительного листа, фактически взял на себя бремя доказывания.

Судам при рассмотрении заявления о принудительном исполнении арбитражного решения в отсутствие на судебном заседании должника или взыскателя следует иметь в виду, что, согласно подпункту 1) п. 1 ст. 255 ГПК, подпункту 1) п. 1 ст. 57 Закона об арбитраже, бремя доказывания наличия оснований для отказа в признании и (или) принудительном исполнении арбитражного решения лежит не на суде, а на стороне, против которой было принято арбитражное решение.

3.2.3. Суд не вправе пересматривать арбитражное решение по существу

Важное правило закреплено в п. 8 ст. 253 ГПК: суд при рассмотрении заявления о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение арбитражного решения не вправе пересматривать арбитражное решение по существу.

Однако в судебной практике имеют место случаи, когда суды, отказывая в выдаче исполнительного листа, фактически пересматривают арбитражное решение по существу, анализируя обстоятельства дела, давая собственную оценку доводам сторон арбитражного разбирательства.

3.2.4. Отказ в принудительном исполнении возможен только при наличии предусмотренных законом оснований

Согласно п. 9 ст. 253 ГПК, по результатам рассмотрения заявления судом выносится определение о выдаче исполнительного листа либо об отказе в его выдаче. Определение суда о выдаче исполнительного листа подлежит немедленному исполнению. При этом отказ в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение арбитражного решения возможен только по основаниям, предусмотренным ст. 255 ГПК и ст. 57 Закона об арбитраже. Перечень оснований носит исчерпывающий характер.

Между тем судебной практике известны случаи отказа в выдаче исполнительного листа без указания судом конкретного основания.

Например, Определением Суда №2 г. Уральска ЗКО от 10 апреля 2017 года заявителю ИП «Т» было отказано в вы-

даче исполнительного листа на принудительное исполнение решения постоянно действующего арбитража по ЗКО от 21 февраля 2017 г. по иску ИП «Т» к гр. Н. о взыскании долга и неустойки по договору займа от 1 мая 2016 г.

Суд, отказывая в удовлетворении заявления о выдаче исполнительного листа по причине непредставления доказательства надлежащего вручения арбитражного решения должнику, прямо не указал, какой именно нормой он руководствовался.

С одной стороны, действительно, ни Закон об арбитраже, ни ГПК не содержат такого основания для отказа в выдаче исполнительного листа, как «невручение арбитражного решения стороне».

Однако, с другой стороны, невозможно требовать принудительного исполнения решения, которое не было вручено стороне. Какими нормами в данном случае мог бы руководствоваться суд? Подпункт 1) п. 1 ст. 57 Закона об арбитраже содержит такое основание для отказа в признании и (или) приведении в исполнение арбитражного решения, как «состав арбитража или арбитражная процедура разбирательства не соответствовали требованиям закона».

Пункт 1 ст. 45 Закона об арбитраже содержит следующее положение:

«1. После исследования обстоятельств дела арбитраж большинством голосов арбитров, входящих в состав арбитража, принимает решение.

Решение объявляется на заседании арбитража. Арбитраж вправе объявить только резолютивную часть решения. В этом случае мотивированное решение должно быть направлено сторонам в течение десяти календарных дней со дня объявления резолютивной части решения, если иной срок не установлен регламентом или соглашением сторон».

Соответственно, ненаправление арбитражного решения сторонам можно расценивать как несоответствие арбитражной процедуры разбирательства требованиям закона.

Однако в данном случае еще раз следует обратить внимание на то, что наличие данного основания является бременем доказывания стороны, а не суда.

Судам необходимо конкретно указать, по какому именно основанию, предусмотренному ст. 255 ГПК и ст. 57 Закона

об арбитраже, было отказано в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение арбитражного решения.

3.3. Признание и принудительное исполнение иностранных арбитражных решений

3.3.1. Предоставление отметки на арбитражном решении или справки о его вступлении в законную силу не требуется

Согласно п. 1 ст. 501 ГПК решения, постановления и определения об утверждении мировых соглашений, судебные приказы иностранных судов, а также арбитражные решения иностранных арбитражей признаются и приводятся в исполнение судами Республики Казахстан, если признание и приведение в исполнение таких актов предусмотрены законодательством и (или) международным договором, ратифицированным Республикой Казахстан, либо на основе взаимности.

В соответствии с п. 2 ст. 503 ГПК к заявлениям о выдаче исполнительного листа прилагаются должным образом заверенные подлинные акты, указанные в части первой статьи 501 настоящего Кодекса, или должным образом заверенные их копии, а также при наличии – подлинное арбитражное соглашение или должным образом заверенная его копия. Если указанные акты или арбитражные соглашения изложены на иностранном языке, сторона должна представить должным образом заверенный их перевод на казахский или русский языки.

Зачастую суды помимо арбитражного соглашения и арбитражного решения требуют предоставления отметки на арбитражном решении или справки о его вступлении в законную силу.

Так, **Постановлением судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Республики Казахстан от 11 июля 2017 года №6001-17-00-3гп/396** определение СМЭСа города Алматы от 6 декабря 2016 года, определение судебной коллегии по гражданским делам Алматинского городского суда от 8 февраля 2017 года были отменены.

ПАО «Ф» обратилось в суд с заявлением о признании и разрешении принудительного исполнения на территории Республики Казахстан решения Международного коммер-

ческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации (далее – МКАС) от 24 августа 2016 года о взыскании с АО «И» в пользу ПАО «Ф» суммы основного долга 109 434 920,41 рублей, неустойки в сумме 10 711 969,56 рублей, расходов по уплате арбитражного сбора в сумме 1 488 734 рублей (далее – Решение). Определением СМЭС города Алматы от 6 декабря 2016 года в удовлетворении заявления отказано. Определением судебной коллегии по гражданским делам Алматинского городского суда от 8 февраля 2017 года определение суда первой инстанции оставлено без изменения.

Отменяя эти судебные акты, судебная коллегия установила следующие грубые нарушения. Местные суды, отказывая в удовлетворении заявления ПАО «Ф», указали на отсутствие в Решении отметки о его вступлении в законную силу, а также срока добровольного исполнения.

Указанные выводы местных судов судебная коллегия считает несостоятельными. В соответствии с пунктами 1 и 2 параграфа 44 Регламента МКАС решение МКАС является окончательным и обязательным с даты его вынесения и исполняется сторонами добровольно в установленный в решении срок, а если срок исполнения в решении не указан, то оно подлежит немедленному исполнению. При этом Регламентом МКАС не предусмотрено проставление отметок на решениях о вступлении их в законную силу.

В свою очередь, ПАО «Ф» к заявлению были приложены справка МКАС от 19 октября 2016 года, подписанная первым заместителем ответственного секретаря А.Г. Беновым, о вступлении решения от 24 августа 2016 года в законную силу.

Таким образом, судам следует иметь в виду, что предоставление отметки на арбитражном решении или справки о его вступлении в законную силу в соответствии с ГПК не требуется.

3.3.2. Предусмотренные ст. 255 ГПК основания для отказа в выдаче исполнительного листа не применяются к решениям, вынесенным государственными арбитражными судами

В соответствии со ст. 504 ГПК отказ в выдаче и выдача исполнительного листа на принудительное исполнение ино-

странных арбитражных решений осуществляются по правилам, предусмотренным главой 20 настоящего Кодекса. В данном случае ст. 504 отсылает к ст. 255 ГПК, содержащей исчерпывающий перечень оснований для отказа в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение арбитражных решений, вынесенных внутренними казахстанскими арбитражами.

Основания, предусмотренные ст. 255 ГПК, применяются только в отношении решений, вынесенных внутренними казахстанскими арбитражами и иностранными международными коммерческими арбитражами.

Между тем судебной практике известны случаи неверного применения положений ст. 255 ГПК к отказу в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения, вынесенного государственным арбитражным судом, а не иностранным международным коммерческим арбитражем.

Например, Апелляционная судебная коллегия по гражданским делам Алматинского городского суда в своем Определении за №2а-6040 от 27 октября 2017 г. применяет предусматривающие основания для отказа в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение арбитражного решения положения ст. 255 ГПК «Отказ в выдаче исполнительного листа» к решению, вынесенному Арбитражным судом Омской области. В то время как этот суд является государственным судом Российской Федерации. Нормы ст. 255 ГПК подлежат применению только в отношении арбитражных решений, вынесенных коммерческими арбитражами (внутренними и иностранными), но никак не государственными.

Таким образом, судам следует иметь в виду, что предусмотренные ст. 255 ГПК основания для отказа в выдаче исполнительного листа не применяются к решениям, вынесенным государственными арбитражными судами.

3.4. Основания для отказа в признании и (или) приведении в исполнение арбитражного решения

Основания для отказа в признании или приведении в исполнение арбитражного решения предусмотрены ст. 57 Закона об арбитраже и ст. 255 Гражданского процессуального кодекса.

В соответствии со ст. 504 ГПК отказ в выдаче и выдача исполнительного листа на принудительное исполнение иностранных арбитражных решений осуществляются по правилам, предусмотренным главой 20 настоящего Кодекса.

В данном случае ст. 504 отсылает к ст. 255 ГПК, содержащей исчерпывающий перечень оснований для отказа в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение арбитражных решений, вынесенных внутренними казахстанскими арбитражами.

3.4.1. Основание, противоречащее Нью-Йоркской конвенции

Согласно п. 1 ст. 57 Закона об арбитраже (подп. 1) п. 1 ст. 255 ГПК) суд отказывает в признании и (или) приведении в исполнение арбитражного решения независимо от того, в какой стране оно было вынесено, по следующим основаниям, если:

1) сторона, против которой было принято арбитражное решение, представит в суд доказательства того, что:

имеется вступившее в законную силу, вынесенное по спору между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основаниям решение суда или арбитражное решение либо определение суда или арбитража о прекращении производства по делу в связи с отказом истца от иска.

Подобное расширение оснований противоречит положениям Нью-Йоркской конвенции, а также Типовому закону ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже.

На практике такое противоречие может повлечь за собой определенные проблемы, в первую очередь для судов. Подобного основания для отказа в признании и (или) приведении в исполнение арбитражного решения нет не только в международных документах, но и во внутреннем законодательстве иных стран.

В силу прямой отсылки, предусмотренной ст. 504 ГПК, по основаниям, указанным в ст. 255 ГПК, может быть отказано в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение арбитражных решений, вынесенных иностранными арбитражами.

Однако судам необходимо иметь в виду, что предусмотренные шестым и седьмым абзацем п. 1 ст. 255 ГПК основания отказа в выдаче исполнительного листа на принуди-

тельное исполнение в отношении иностранного арбитражного решения применению не подлежат, поскольку они противоречат Нью-Йоркской конвенции. Конвенция не предусматривает указанных оснований отказа в признании и (или) приведении в исполнение арбитражного решения.

3.4.2. *Противоречие публичному порядку*

Оговорка о публичном порядке широко распространена в международном частном праве. Она в тех или иных вариациях содержится в законодательстве практически всех стран, имеющих кодификации по международному частному праву, в том числе содержалась в законодательстве Советского Союза и Казахской ССР.

Закон об арбитраже (подпункт 1) ст. 2) определяет публичный порядок Республики Казахстан как основы правопорядка, закрепленные в законодательных актах Республики Казахстан.

Согласно п. 1 ст. 1090 ГК иностранное право не применяется в случаях, когда его применение противоречило бы основам правопорядка Республики Казахстан (публичному порядку Республики Казахстан). В этих случаях применяется право Республики Казахстан.

При этом отказ в применении иностранного права не может быть основан лишь на отличии политической или экономической системы соответствующего иностранного государства от политической или экономической системы Республики Казахстан (см. п. 2 ст. 1090 ГК).

Понятие публичного порядка (*ordre public*, *public policy*) является довольно неопределенным, применение его отдается целиком на судебское усмотрение.

Оговорку о публичном порядке называют «предохранительным клапаном», «каучуковым параграфом» и т.п.

Важным является уточнение в п. 2 ст. 1090 ГК, что оговорку о публичном порядке нельзя использовать только на основании различий политической или экономической системы.

Оговорка о публичном порядке может быть применена, когда применение иностранного права противоречило бы основам правопорядка РК, правовым принципам, породило бы последствия, недопустимые с точки зрения нашего правосознания.

Юристами разных стран делались попытки выработать перечень всех принципов и норм, которые раскрывали бы понятие «публичный порядок». Однако эти попытки не увенчались успехом, и это вполне объяснимо, ибо этому институту изначально присущи изменчивость и гибкость.

В литературе высказано мнение, что понятие «основы правопорядка (публичный порядок)» включает в себя четыре взаимосвязанных элемента:

а) основополагающие фундаментальные принципы права данной страны, прежде всего конституционные, а также частноправовые и гражданско-процессуальные;

б) общепринятые принципы морали, на которые опирается правопорядок;

в) законные интересы граждан и юридических лиц, общества и государства, защита которых является основной задачей правовой системы страны;

г) общепризнанные принципы и нормы международного права, являющиеся частью правовой системы страны, включая международно-правовые стандарты прав человека.

Одно ясно: неприменение иностранного права на основе нарушения публичного порядка возможно только в «исключительных случаях».

Поэтому каждый такой случай должен серьезно обосновываться и не может сводиться к любому нарушению, пусть даже и серьезному, норм национального права.

Отказ в исполнении возможен только по процедурным нарушениям, заранее оговоренным. Исходя из этого, в подавляющем большинстве стран мира арбитражные решения никогда не проверяются компетентными государственными судами по существу и являются окончательными.

Почти нигде в мире суд не проверяет законодательные основания рассмотрения спора, потому что толкование закона может быть разным. Потому что это гражданско-правовой спор, а в гражданско-правовом споре всегда есть разные взгляды на закон. На этом построена судебная система любой страны, в том числе Казахстана.

Но арбитраж не входит в судебную систему. Компетентный суд может проверять только процессуальные моменты.

Если эти принципы не соблюдаются, то такая организация, называемая арбитражем, на самом деле таковым не является. Она превращается в придаток судебной системы, причем совершенно не нужный.

Верховный Суд Республики Казахстан в Рекомендациях круглого стола по вопросам применения Закона об арбитраже рекомендовал судам:

«Необходимо отметить, что применение института публичного порядка возможно в исключительных случаях, когда принудительное исполнение арбитражного решения посягает на основы правопорядка Республики Казахстан.

В связи с этим судам при отмене решения по данному основанию следует мотивировать, какой конкретно публичный порядок нарушен и каким образом»¹.

С.А. Акимбекова

ВЗАИМОДЕЙСТВИЕ СУДА И АРБИТРАЖА ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН

Хотя арбитраж и не входит в судебную систему, он не может осуществлять свою деятельность вне контроля государства и без взаимодействия с судами. Рамки осуществления такого контроля определяются национальным законодательством.

Термин «взаимодействие» указывает на двустороннюю связь суда и арбитража: не только суд воздействует на арбитраж как властный субъект, но и арбитраж в определенной степени воздействует на суд, инициируя властное принуждение со стороны последнего.

Между тем в законодательстве говорится именно о функциях «содействия и контроля суда **в отношении** арбитража», то есть указывается на односторонний характер

¹ Рекомендации круглого стола «Некоторые вопросы применения Закона Республики Казахстан «Об арбитраже» (г. Астана, 30 июня 2017 г.) // Опубликованы на сайте Верховного Суда РК <http://sud.gov.kz/rus/content/rekomendacii-kruglogo-stola-nekotorye-voprosy-primeneniya-zakona-respubliki-kazahstan>.

воздействия. Представляется, что суд, функционируя в более жесткой процессуальной форме, чем арбитраж, нуждается и в более четком закреплении соответствующих процессуальных функций¹.

Вопрос взаимодействия суда и арбитража имеет большое практическое значение. Именно на практике проверяется эффективность законодательных норм, регулирующих данное взаимодействие. От четкого и правильного применения предписаний законов как судьями государственных судов, так и арбитража зависит эффективность работы судебной системы и успех развития альтернативных форм разрешения споров на практике².

Взаимодействие суда и арбитража в Республике Казахстан осуществляется по следующим направлениям:

- 1) разграничение компетенции между судом и арбитражем;
- 2) обеспечение иска, предъявленного в арбитраж;
- 3) отмена арбитражных решений;
- 4) принудительное исполнение арбитражных решений³.

Разграничение компетенции между судом и арбитражем

Именно от правильного определения подведомственности во многом зависит доступ к правосудию.

В ст. 13 Конституции РК закреплено, что каждому гарантируется судебная защита его прав и свобод, а в ст. 9 Гражданского кодекса Республики Казахстан отмечается, что защите нарушенных или оспоренных гражданских прав осуществляет суд, арбитраж.

Возможность обращения в арбитраж за защитой прав и

¹ *Петров В.М.* Взаимодействие государственного суда и международного коммерческого арбитража: Дис. ... канд.юрид.наук – Санкт-Петербург, 2003. – С. 31.

² *Грешиников П.* Судебная система и третейские суды в Казахстане: вопросы теории и практики // <http://dk.kz>.

³ *Сулейменов М.К., Дуйсенова А.Е.* Взаимодействие судов и арбитражей в сфере альтернативного разрешения споров // *Международный гражданский процесс: Учебный курс.* – Астана, 2018. – С. 18.

законных требований предусмотрена и в ст. 24 Гражданского процессуального кодекса Республики Казахстан (далее – ГПК).

В соответствии с подпунктом 5 ст. 165 ГПК судья в порядке подготовки дела к судебному разбирательству разъясняет сторонам их право обратиться за разрешением спора в арбитраж и последствия такого действия. Стороны вправе передать разрешение спора в арбитраж на любой стадии процесса до удаления судьи в совещательную комнату. Следует отметить, что именно в этом проявляется альтернатива выбору способа разрешения спора, поскольку стороны сами принимают решение о передаче спора в арбитраж или разрешении этого спора в суд.

Статья 194 ГПК предусматривает, что в начале рассмотрения дела по существу председательствующий выясняет, не желают ли стороны передать дело на рассмотрение арбитража.

В подпункте 5 ст. 279 ГПК закреплено, что суд оставляет заявление без рассмотрения, если между сторонами в соответствии с законом заключено соглашение о передаче данного спора на разрешение арбитража, если иное не предусмотрено законом.

Арбитраж рассматривает спор между сторонами только при наличии арбитражного соглашения, то есть договора между сторонами о передаче в арбитраж всех или определенных споров, которые возникли или могут возникнуть между ними.

К сожалению, в последние годы судебная власть не всегда пользуется авторитетом. Обращение в суд для многих граждан ассоциируется с потерей времени, значительными денежными расходами, а также сильной эмоциональной нагрузкой, что подвергает сомнению смысл обращения в суд. Кроме того, отрицательное отношение к системе правосудия обусловлено и тем, что многие судебные акты остаются неисполненными. Справедливой представляется точка зрения Д.Я. Малешина о том, что «степень реальности исполнения судебных постановлений является показателем не только состояния судебной власти, но и государственной власти в целом»¹.

¹ Малешин Д.Я. Суд в процессе исполнения судебных постановлений: Автореф. дис. канд. юрид. наук. – М., 2002. – С. 3.

Развитие альтернативных методов разрешения споров является необходимым условием для создания в стране эффективной системы защиты нарушенных или оспариваемых прав граждан и организаций. Одной из наиболее демократичных форм разрешения гражданских споров является арбитраж, который позволяет цивилизованно разрешать конфликты, возникающие между субъектами конкретных правоотношений. Поэтому важно создать необходимые предпосылки для развития арбитража в республике.

Государственные суды должны быть заинтересованы в том, чтобы арбитраж активно развивался в Казахстане, поскольку альтернативные способы разрешения споров не только обеспечивают условия для сохранения и развития партнерских деловых отношений в сфере бизнеса, но и позволяют реально снизить нагрузку на суды.

Обеспечение иска, предъявленного в арбитраж

Одной из функций взаимодействия суда и арбитража является вопрос о предоставлении обеспечительных мер и получении доказательств, так как именно суд как субъект властного принуждения вправе истребовать доказательства, причем не только у сторон, но и у любых других лиц.

В соответствии с п. 1 ст. 39 Закона Республики Казахстан от 8 апреля 2016 года «Об арбитраже» (далее – Закон об арбитраже) стороны во время арбитражного разбирательства вправе обратиться в суд с заявлением об обеспечении иска.

Институт обеспечения иска имеет особое значение в достижении задач гражданского судопроизводства, закрепленных в ст. 4 ГПК, которыми являются: защита и восстановление нарушенных или оспариваемых прав, свобод и законных интересов граждан, государства и юридических лиц, соблюдение законности в гражданском обороте и публично-правовых отношениях, содействие мирному урегулированию спора, предупреждение правонарушений и формирование в обществе уважительного отношения к закону и суду. Этот институт способствует созданию оптимальных усло-

вий для реальной защиты прав и законных интересов лиц в гражданском судопроизводстве. Именно институт обеспечения иска выступает гарантом исполнения будущего решения суда (ст. 155 ГПК).

Обеспечительным мерам по искам, рассматриваемым арбитражами, в полной мере свойственны признаки, выделяемые для аналогичных мер в гражданском процессе: срочность, временный характер, защита имущественных интересов заявителя, соразмерность обеспечительных мер заявленному требованию¹.

Заявление об обеспечении иска, рассматриваемого в арбитраже, подается стороной в суд по месту осуществления арбитражного разбирательства или месту нахождения имущества, в отношении которого могут быть приняты обеспечительные меры.

Согласно ч. 1 ст. 155 ГПК по заявлению сторон арбитражного разбирательства суд может принять меры к обеспечению иска во всяком положении дела, если непринятие таких мер может затруднить или сделать невозможным исполнение решения суда.

Г.П. Хендрикс обращает внимание на диспозитивное право суда, который *«может по своему усмотрению принимать, либо не принимать соответствующие меры. Суд может выполнить эту просьбу, руководствуясь правилами, касающимися обеспечения доказательств, в том числе судебных поручений»*².

Представляется, что в данном случае термин «может» применяется не для акцентирования внимания на диспозитивности правомочий суда, а чтобы подчеркнуть те процедуры, с помощью которых суд может выполнить такое обе-

¹ Ярков В.В. Понятие и значение обеспечительных мер в арбитражном процессе // Доктрина гражданского и арбитражного процесса: Сборник статей. – СПб-Краснодар, 2004. – С. 149.

² Хендрикс Г.П. Американская правовая помощь по экономическим спорам, разрешаемым судами и третейскими судами: Признание и исполнение иностранных судебных решений по экономическим спорам. (Документы и комментарии) // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации: Специальное приложение к №3: Признание и исполнение иностранных судебных решений по экономическим спорам. (Документы и комментарии). – М.: ЮРИТ-Вестник, 1999. – С. 39.

спечение («... суд может выполнить..., руководствуясь...»). К тому же такое свободное усмотрение суда в данном вопросе выглядело бы некорректно без закрепления в законе соответствующих оснований, которыми он должен был бы руководствоваться.

К заявлению в компетентный суд о принудительном обеспечении иска, рассматриваемого в арбитраже, прилагается документ, подтверждающий предъявление иска в арбитраж (ч. 1 ст. 155 ГПК). Полагаем, что таким документом должна выступать заверенная председателем арбитража копия искового заявления, принятого к рассмотрению арбитражем. Требование приложения или представления каких-либо иных документов законодательством не предусматривается и, следовательно, является недопустимым. На наш взгляд, необходимо также в компетентный суд предоставлять и заверенную председателем арбитража копию соглашения о передаче спора на рассмотрение в арбитраж.

В заявлении, подаваемом в компетентный суд о принятии принудительных обеспечительных мер по делу, рассматриваемому в арбитраже, должны содержаться обоснования причины обращения с заявлением о принудительном обеспечении иска и принудительная обеспечительная мера, которую просит принять истец.

В ст. 155 ГПК указывается, что обеспечение иска допускается во всяком положении дела, если непринятие таких мер может затруднить или сделать невозможным исполнение решения суда. Заявитель, подавая в компетентный суд заявление о принудительном обеспечении иска, указывая, о применении каких именно обеспечительных мер он ходатайствует, должен доказать, что их непринятие повлечет за собой последствия, указанные в названной статье. Наряду с этим он должен обосновать и доказать соразмерность испрашиваемых им принудительных обеспечительных мер его исковому требованию.

При рассмотрении заявления суд оценивает его обоснованность в необходимости принятия испрашиваемых обеспечительных мер и их соразмерность заявленному в арбитраж требованию, а также возможность обеспечения исполнения решения арбитража.

Таким образом, судья компетентного суда вправе отказать в принудительном обеспечении иска только в случаях: недоказанности возможного неисполнения впоследствии судебного решения либо реальности потенциального причинения значительного ущерба заявителю; установления явной несоразмерности испрашиваемых принудительных обеспечительных мер исковым требованиям заявителя. Каких-либо иных оснований для отказа в принятии принудительных обеспечительных мер действующее законодательство не предусматривает.

Заявление об обеспечении иска рассматривается и разрешается судьей в день вынесения определения о возбуждении гражданского дела, если оно было приложено к исковому заявлению или об этом указано в исковом заявлении. В остальных случаях заявление об обеспечении иска разрешается судьей в день его поступления в суд.

Заявление об обеспечении иска рассматривается и разрешается судьей без извещения сторон арбитражного разбирательства, без проведения судебного заседания.

По результатам рассмотрения заявления о принятии принудительных обеспечительных мер компетентный суд выносит определение об обеспечении либо об отказе в обеспечении иска (ст. 157 ГПК). В определении об обеспечении иска, рассматриваемого в арбитраже, либо об отказе в применении обеспечительных мер судья излагает мотивы, на которых основаны его выводы по существу рассматриваемого заявления. Определение суда может быть обжаловано в порядке и в сроки, установленные ст. 161 ГПК.

Отмена арбитражных решений

Действующее законодательство предусматривает порядок оспаривания решения арбитража. Так, в соответствии с положениями ГПК и Закона об арбитраже установлен порядок, основания и процедура оспаривания решений, вынесенных арбитражами.

Решение арбитража подлежит добровольному исполнению, поскольку, заключая договор о передаче спора на рас-

смотрение арбитража, стороны предполагают обязательность его решений для них. Отказ от добровольного исполнения решения арбитража расценивается как нарушение условий арбитражного соглашения, а обращение взыскателя в компетентный суд судебной системы Республики Казахстан с заявлением о принудительном исполнении решения арбитража является реализацией конституционного права на судебную защиту.

Однако не все решения арбитража могут быть отменены компетентным судом, ст. 52 Закона об арбитраже содержит исчерпывающий перечень оснований для отмены решений арбитража, который не подлежит расширительному толкованию.

Необходимо отметить, что нормы процессуального права также не позволяют обжаловать и отменять решения иностранного арбитража, т.к. ходатайство об отмене решения арбитража подается в казахстанский компетентный суд по месту рассмотрения спора, т.е. рассмотрение спора вне территории РК автоматически исключает такую возможность. Компетентный суд может только отказать в признании и приведении в исполнение решения иностранных арбитражей.

Правом подачи ходатайства об отмене арбитражного решения обладают только стороны арбитражного разбирательства, а также третьи лица, не привлеченные к участию в деле, но в отношении прав и обязанностей которых арбитраж принял решение. Ходатайство подается в месячный срок со дня получения арбитражного решения. Пропуск установленного срока позволяет суду возратить определением поданное ходатайство об отмене арбитражного решения без рассмотрения.

Вместе с тем срок на подачу заявления о выдаче исполнительного листа может быть восстановлен по ходатайству взыскателя, поданному вместе с ходатайством об отмене арбитражного решения. Суд вправе мотивированным определением восстановить срок на подачу ходатайства об отмене арбитражного решения, если признает причины пропуска указанного срока уважительными по общим правилам, установленным в ст. 126 ГПК.

Ходатайство об отмене арбитражного решения подается в соответствующий суд Республики Казахстан:

1) по месту рассмотрения спора арбитражем, если арбитражное решение принято на территории Республики Казахстан;

2) по месту нахождения постоянно действующего арбитража, если арбитражное решение принято по закону Республики Казахстан в иностранном государстве;

3) по месту образования арбитража в Республике Казахстан, если арбитражное решение принято по закону Республики Казахстан в иностранном государстве.

Ходатайство об отмене арбитражного решения рассматривается судом в течение десяти рабочих дней с момента возбуждения дела, но в случае необходимости представления дополнительных доказательств он может быть продлен на срок до одного месяца (ст. 465 ГПК).

Основания для отмены решения арбитража, в основном, носят процессуальный характер. Взыскатель, подавая ходатайство об отмене арбитражного решения, обязан предоставить в суд доказательства, подтверждающие основания для его отмены.

На сегодняшний день в Казахстане дискуссию вызывает такое основание отмены арбитражных решений, как противоречие публичному порядку¹. В данной связи полагаем, что с целью устранения различного толкования вышеуказанных норм необходимо подготовить специальное Нормативное постановление Верховного Суда Республики Казахстан, где дать судам соответствующие разъяснения.

Несмотря на то, что арбитраж основывается на договоре, его эффективность зависит от системы государственно-го регулирования данной формы разрешения споров. Госу-

¹ Сулейменов М.К., Дуйсенова А.Е. Отмена арбитражных решений: проблемы теории и практики // <https://palata.org>; Коробейников А. Основания для отмены арбитражных решений в Казахстане: что нового? // <http://doscraueg.ru>; Скрябин С.В. Применение судами Республики Казахстан законодательства об отмене решений арбитражей, или еще раз о публичном порядке... // <https://online.zakon.kz>; Калдыбаев А.К., Линник А.В. Применение понятия «публичный порядок» в арбитраже // <https://online.zakon.kz> и др.

дарство должно предусмотреть нормы, обеспечивающие поддержку арбитражной формы разрешения споров со стороны судов, без которых арбитраж не может существовать. Наиболее важна роль судов в принудительном исполнении арбитражного соглашения и принудительном исполнении арбитражного решения. Если государство не в состоянии обеспечить поддержку арбитражу посредством судов на этих двух этапах, то арбитраж теряет свою эффективность.

Принудительное исполнение арбитражных решений

В п. 3 ст. 54 Вашингтонской конвенции «О порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами», подписанной 18 марта 1965 г. (далее – Вашингтонская конвенция) закреплено, что «порядок исполнения арбитражного решения определяется законами об исполнении судебных решений, действующими в государстве, на территории которого такое исполнение и спрашивается».

В соответствии с ч. 1 ст. 253 ГПК в случае, если арбитражное решение не исполнено добровольно в установленный в нем срок, взыскатель вправе обратиться в суд с заявлением о принудительном исполнении арбитражного решения. Данное заявление подается по месту рассмотрения спора арбитражем либо по месту жительства должника или по месту нахождения органа юридического лица, если место жительства или место нахождения неизвестно, то по месту нахождения имущества должника.

Заявление о выдаче исполнительного листа для принудительного исполнения решения арбитража рассматривается судьей единолично в течение пятнадцати рабочих дней со дня поступления в суд. О месте и времени рассмотрения заявления о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения арбитража суд уведомляет взыскателя и должника по правилам, установленным главой 11 ГПК. Однако неявка взыскателя или должника не является препятствием к рассмотрению заявления, если от должника не поступило ходатайство об отложении рассмотрения заяв-

ления с указанием уважительных причин невозможности явиться в судебное заседание.

К заявлению о выдаче исполнительного листа прилагаются:

1) подлинник или копия арбитражного решения. Копия решения постоянно действующего арбитража заверяется руководителем этого арбитража, копия арбитражного решения для разрешения конкретного спора должна быть нотариально удостоверенной;

2) подлинник или нотариально заверенная копия арбитражного соглашения, заключенного в установленном законом порядке.

К заявлению также должна быть приложена квитанция об оплате государственной пошлины в размере 5 МРП (пп. 11 п. 1 ст. 610 Налогового кодекса Республики Казахстан).

Данный перечень определен ГПК и является обязательным при обращении в компетентный суд. Кроме них, взыскателем могут быть приложены и другие документы, подтверждающие его позицию.

Заявление о выдаче исполнительного листа может быть подано не позднее трех лет со дня окончания срока для добровольного исполнения решения арбитража.

На практике возникают случаи, когда взыскатель подает заявление о выдаче исполнительного листа на решение арбитража, которое еще не вступило в силу.

Так, например, судья Специализированного межрайонного экономического суда г. Алматы вынес определение об удовлетворении заявления о выдаче исполнительного листа на решение международного арбитража «IUS», которое было получено сторонами 20 мая 2019 г. Заявление о выдаче исполнительного листа взыскателем было подано 11 июня 2019.

В соответствии со ст. 241 ГПК РК исполнительный лист выписывается судом первой инстанции в течение трех рабочих дней со дня вступления решения в законную силу или возвращения дела из вышестоящего суда. Полагаем, что такое правило должно распространяться и на решение арбитража.

**МЕЖДУНАРОДНЫЙ КОММЕРЧЕСКИЙ АРБИТРАЖ
И ГОСУДАРСТВЕННЫЕ СУДЫ
(тезисы)**

Эффективное функционирование международного коммерческого арбитража (далее – МКА) как частного способа разрешения споров во многом зависит от государственных судов, которые направляют стороны к арбитражу при наличии арбитражного соглашения, рассматривают споры касательно его действительности, при необходимости принимают решение об обеспечительных мерах и выполняют функцию признания и приведения в исполнение арбитражных решений.

Подобные отношения между арбитражем и государственными судами специалисты сравнивают с эстафетной гонкой: «в идеале, рассмотрение арбитражных споров должно быть похоже на эстафетную гонку. Вначале, до рассмотрения спора арбитрами, эстафетная палка в руках суда, так как на этом этапе нет другой организации, которая предприняла бы шаги для предотвращения безрезультатности арбитражного соглашения. Когда арбитры приступают к своим обязанностям, они берут палку и удерживают её до вынесения решения. На этом этапе, не имея больше функций для выполнения, арбитры возвращают палку, чтобы суд в случае необходимости мог одолжить свои принудительные полномочия для исполнения решения»¹.

Таким образом, сбалансированное регулирование отношений арбитража и государственных судов является основной предпосылкой эффективного функционирования МКА. Излишнее вмешательство государственных судов в деятельность МКА сведет на нет широкое использование данного альтернативного способа разрешения споров на практике. Как указано в Пояснительной записке Секретариата ЮНСИТРАЛ к Типовому закону, защита арбитражного процесса от

¹ Lord Mustill, 'Comments and Conclusions' in *Conservatory Provisional Measures in International Arbitration*, 9th Joint Colloquium (ICC Publication, 1993) in Blackaby N. et. al. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford Univ. Press. Oxford. 5th ed. 2009. p. 442.

непредсказуемого или неконструктивного вмешательства судов имеет важнейшее значение для сторон, которые выбирают арбитраж, в частности, для иностранных сторон¹.

Следует иметь в виду, что стороны, обращаясь к арбитражному разбирательству, осознанно исключают обращение в государственные суды. Следовательно, принцип автономии воли сторон не должен нарушаться. Как утверждают специалисты, с признанием автономии воли сторон уровень вмешательства суда значительно снизился за прошедшие годы. Общая тенденция направлена на ограничение судебного вмешательства по таким делам, когда либо необходима поддержка арбитражному разбирательству, или это требуется из соображений публичного порядка².

В международной практике были случаи полного исключения юрисдикции государственных судов над международным арбитражным процессом, иными словами, делегации международного арбитража, как это было в Бельгии. Это делалось для того, чтобы привлечь спорящие стороны к выбору Бельгии для проведения арбитражного разбирательства. Однако такой исключительный подход не привёл к положительному результату, так как стороны все-таки хотели, чтобы государственным судам отводились определённые полномочия. Статья 1717.4 Бельгийского судебного кодекса (1985) не позволяла подавать ходатайства об отмене арбитражного решения в Бельгии, если одна из сторон не имела бельгийского гражданства или не проживала в Бельгии. Это сдерживало стороны от выбора Бельгии как места проведения арбитража. Впоследствии в 1998 году в закон были внесены соответствующие поправки, позволяющие ходатайствовать об отмене независимо от национальности или проживания, если стороны не договорятся об ином³.

Связи с этим в Типовом законе ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже (1985 г.) содержатся специ-

¹ Пояснительная записка Секретариата ЮНСИТРАЛ к Типовому закону о международном торговом арбитраже 1985 года с изменениями, принятыми в 2006 году. <<http://www.uncitral.org>>.

² *Lew J., Mistelis L. and Kröll S. Comparative International Commercial Arbitration.* London. Kluwer Law International. 2003. p. 355.

³ *Blackaby N. et. al. Redfern and Hunter on International Arbitration.* Oxford Univ. Press. Oxford. 5th ed. 2009. p. 441.

альные нормы, регулирующие взаимоотношения государственных судов и международного коммерческого арбитража. Статья 5 Типового закона устанавливает пределы вмешательства государственных судов: «по вопросам, регулируемым настоящим Законом, не допускается никакое судебное вмешательство, кроме как в случаях, когда оно предусмотрено в настоящем Законе».

В ст. 6 закрепляется, что должен быть указан суд или иной орган для выполнения функций, возложенных Типовым законом. В нашем случае эти функции будут выполнять хозяйственные суды. В данной статье даются ссылки на конкретные статьи Типового закона, которые определяют пределы вмешательства государственных судов в деятельность МКА.

Так, например, в п. п. 3 и 4 ст. 11 на государственный суд возложена обязанность назначения арбитра или арбитров в случае отсутствия соглашения сторон о процедуре назначения, а также когда два арбитра не могут достичь соглашения относительно назначения третьего арбитра.

А согласно п. 3 ст. 13, суд может рассмотреть обращение сторон относительно отвода арбитра. Следует отметить, что до вынесения судом решения арбитражный суд, включая арбитра, которому заявлен отвод, может продолжать арбитражное разбирательство и вынести арбитражное решение.

Согласно ст. 14 в случае, когда арбитра юридически или фактически оказывается не в состоянии выполнять свои функции или по другим причинам не предпринимает действий без необоснованной задержки, его полномочия прекращаются, если сам арбитра отказывается от назначения или если стороны договариваются о таком прекращении. Однако, в случае разногласий относительно какого-либо из таких оснований, любая сторона может обратиться в суд с просьбой о принятии решения относительно прекращения полномочий; такое решение не подлежит никакому обжалованию.

В арбитражном разбирательстве нередко встает вопрос относительно юрисдикции арбитражного суда. По данному вопросу сторонам также дается возможность обратиться в суд, что не лишает арбитражный суд права продолжить арбитражное разбирательство и вынести решение, пока такое

обращение ожидает своего разрешения судом (п. 3 ст. 16 Типового закона).

В 2006 году положения Типового закона об обеспечительных мерах были пересмотрены и существенно дополнены новыми правилами ввиду того, что эти меры играют важную роль в арбитражном разбирательстве и принятии окончательного арбитражного решения. По этим вопросам установлены четкие нормы, разграничивающие полномочия государственных и арбитражных судов.

Согласно п. 2 ст. 17 обеспечительная мера представляет собой любую временную меру – независимо от того, вынесена ли она в форме арбитражного решения или в какой-либо иной форме, – при помощи которой в любой момент, предшествующий вынесению решения, которым окончательно урегулируется спор, арбитражный суд распоряжается о том, чтобы та или иная сторона:

а) поддерживала или восстановила статус-кво до разрешения спора;

б) приняла меры с целью предупреждения нынешнего или неизбежного ущерба или ущерба самому арбитражу, или воздерживалась от принятия мер, которые могут причинить такой ущерб;

в) предоставила средства для сохранения активов, за счет которых может быть исполнено последующее арбитражное решение; или

г) сохраняла доказательства, которые могут относиться к делу и иметь существенное значение для урегулирования спора.

В ст.ст. 17 Н и 17 I установлен порядок признания и приведения в исполнение обеспечительных мер, вынесенных арбитражным судом, государственными судами.

В ст. 17 I приведен ограниченный список оснований, в соответствии с которыми государственный суд может отказать в признании и приведении в исполнение решений арбитражных судов по обеспечительным мерам.

А в ст. 17 J установлены полномочия государственных судов по предписанию обеспечительных мер. Она гласит, что суд обладает такими же полномочиями выносить обеспечительные меры в связи с арбитражным разбирательством, независимо от того, находится ли место разбиратель-

ства в данном государстве, как и полномочия, которыми он обладает в связи с судопроизводством.

В соответствии со ст. 27 суд может оказать содействие арбитражному суду или сторонам в получении доказательств. Это означает, что если международный арбитраж, проводимый на территории Республики Узбекистан, или стороны данного арбитража обратятся в наш суд, то они должны быть готовы оказать помощь в получении доказательств в соответствии с нашими процессуальными нормами.

И наконец, в ст. 35 установлен порядок признания и приведения в исполнение решений арбитражных судов государственных судами, а в ст. 36 приведен ограниченный список оснований для отказа в признании или приведении в исполнение решений арбитражных судов.

В таком порядке в Типовом законе урегулированы взаимоотношения государственных и арбитражных судов. Эти нормы разработаны с учетом международной практики и преследуют цель сбалансированного подхода при регулировании отношений между государственными и арбитражными судами. В связи с этим, в ходе принятия закона Республики Узбекистан «О международном коммерческом арбитраже» следует строго придерживаться основных положений Типового закона.

В.Ж. Шайкенов

ПРИЗЫВ К РАТИФИКАЦИИ НЬЮ-ЙОРКСКОЙ И ЕВРОПЕЙСКОЙ КОНВЕНЦИЙ: МОЛЧАНИЕ, РАЗДРАЖАЮЩЕЕ ИНВЕСТОРОВ И ПРАВО¹

Мотивы к написанию статьи

Кто-то может подумать, что эта статья приурочена к 60-летию Конвенции ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, подписанной в Нью-Йорке 10 июня 1958 года (далее – Нью-Йоркская конвенция). Или к вступлению в должность нового президента. Или написана по поводу иного знаменательного события общественно-политической жизни. На самом деле, обстоятельное исследо-

¹ Данная статья первоначально была опубликована в журнале Arbitration.ru, №10, июнь 2019. С. 68-75. https://journal.arbitration.ru/upload/iblock/a55/Arbitration.ru_№6_10_June2019.pdf.

вание о заявленном предмете должно было появиться значительно раньше, но по непонятной причине откладывалось на неопределённый срок. Должно было появиться потому, что правовая определенность не должна зависеть от политической конъюнктуры. А откладывалось, возможно, из опасения подсказать недобросовестным участникам рынка способ уйти от обязательства. Если так, то опасение ложно.

Замалчивая¹ проблему статуса присоединения к Нью-Йоркской конвенции и Европейской конвенции о внешне-торговом арбитраже (Женева, 21 апреля 1961 года) (далее – Европейская конвенция), мы порождаем правовую неопределённость, которая губительна для всех: с одной стороны, добросовестных участников рынка, находящихся под дамокловым мечом внутренних противоречий казахстанского законодательства об арбитраже, с другой – государства, вынужденного нести транзакционные издержки в затяжных

¹ Справедливости ради необходимо отметить, что мнение о том, что Нью-Йоркская конвенция не была ратифицирована и поэтому не имеет приоритета перед казахстанскими законами, высказывалось некоторыми авторами, но без подробного анализа, который нам представляется необходимым в свете укоренившихся альтернативных мнений, в целом создающих впечатление неоднозначности статуса присоединения к обсуждаемым конвенциям.

Мнение о том, что Нью-Йоркская конвенция Казахстаном не ратифицирована, высказывалось следующими авторами: [Электронный ресурс]: *Тлеулина Л.С.* Признание и исполнение решений коммерческих арбитражей и иностранных судов в Казахстане // *Legal Insight*. 2015. №6 (42). С. 31; [Электронный ресурс]: *Patricia Nacimiento, Mukhit Yeleuov.* Kazakhstan: Overview of Investment Treaty Programme // *Global Arbitration Review*. Ноябрь. 2018. URL: <https://globalarbitrationreview.com/jurisdiction/1005364/Kazakhstan> (дата обращения: 31.05.2019); *Arman Shaikenov.* Arbitration Law In Kazakhstan. International Aspects // *Forbes Казахстан*. Март. 2017. URL: httpsforbes.kz/process/expertise/arbitration_law_in_international/ (дата обращения: 31.05.2019); [Электронный ресурс]: *Шайкенов В.Ж., Идаятова А.Т.* Проблема выбора права, применимого к арбитражному разбирательству и арбитражному соглашению, с точки зрения казахстанского законодательства // *Вестник международного коммерческого арбитража*. 2018. №1(16). С. 129. URL: <https://doi.org/10.32875/icar.2018.1.123> (дата обращения: 31.05.2019).

Противоположное мнение см., например, здесь: [Электронный ресурс]: *Абдуллаева Ж., Тульчинская Ю.* Проблемы исполнения международных арбитражных решений в Казахстане // *Юрист*. 2012. №5. URL: <https://journal.zakon.kz/4494762-problemy-ispolnenija-mezhdunarodnykh.html> (дата обращения: 31.05.2019).

переговорах об арбитражных соглашениях с настороженными инвесторами. Не говоря уже о косвенных издержках экономики от общего негативного фона, создаваемого постоянно меняющимся законодательством об арбитраже, последовательно ограничивающим автономию воли сторон, вносящим сумятицу не только внутренней противоречивостью законов об арбитраже и гражданских процессуальных кодексов, но разногласиями между указанными актами и Нью-Йоркской и Европейской конвенциями. Пожалуй, в чем казахстанское регулирование арбитража постоянно, так это в своих непостоянстве и экзотичности. Ни первое, ни второе не добавляет Республике Казахстан (далее – РК или Республика) инвестиционной привлекательности.

С разной степенью очевидности причины, по которым Казахстану необходимо наконец-то ратифицировать обсуждаемые конвенции, дополняются широко распространившимся в профессиональных кругах заблуждением, что форма, в которой Республика присоединилась к конвенциям, может считаться ратификацией. В то время как казахстанские юристы, без сомнения движимые благими намерениями, изыскивают возможности для выхода из патовой ситуации, судебная практика и органы власти всячески уклоняются от ясной квалификации статуса присоединения Республики к Нью-Йоркской и Европейской конвенциям.

Попытки найти прямой ответ на заданный вопрос с обоснованием правовой позиции в нормативных постановлениях Верховного Суда или актах других правоохранительных органов не увенчаются успехом.

Хотя в последнем комментарии к Гражданскому процессуальному кодексу РК (далее – ГПК), подготовленном под общей редакцией в тот момент действительного Председателя Верховного Суда РК К.А. Мами, Б.А. Жуламанов применительно к статье 255 ГПК отмечает, что *«указанные основания для отказа полностью соответствуют статье V Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 года, ратифицированной (оба выделения мои. – В.Ш.) Казахстаном Указом Президента Республики Казахстан от 4 октября 1995 года №2485»*¹, мы не на-

¹ Комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Республики Казахстан. Астана: Библиотека Верховного Суда Республики Казахстан. 2016. С. 466.

ходим подтверждения ни первому, ни второму утверждению комментатора: основания для отказа в признании и приведение в исполнение арбитражных решений в ГПК на момент подготовки комментария не полностью совпадали с основаниями, предусмотренными в статье V Конвенции; обоснования факта ратификации конвенции автор не приводит.

Смешанные чувства вызывает и заявление, сделанное Верховным Судом РК в «Обобщении судебной практики о признании и исполнении, отмене арбитражных решений за 2016, 2017 и 1 квартал 2018 года». В частности, в Обобщении сказано: «...Учитывая приоритет международного договора, можно рекомендовать судам в рассмотрении заявлений о признании и исполнении иностранных арбитражных решений руководствоваться, прежде всего, нормами Нью-Йоркской конвенции и применять правила Главы 20 ГПК лишь в той части, в которой они не противоречат конвенции»¹. Признавая либеральные устремления авторов Обобщения, нельзя не забывать, куда вымощена дорога благими намерениями. Судья при отправлении правосудия независим и подчиняется только Конституции и закону. Нарушение правил толкования и строгой иерархии нормативных правовых актов способно подточить фундамент правовой системы и в долгосрочной перспективе создать благодатную почву для конституционного кризиса. Нельзя в угоду изменившейся политической конъюнктуре жертвовать законностью. Не пристало суду называть подзаконный акт законом только потому, что законодатель создал нежелательную с точки зрения инвестиционных ожиданий ситуацию. Потому что из двух зол для инвестора попрание закона всегда худшее зло.

Исторический контекст и юридические проблемы присоединения к конвенциям

Республика присоединилась к Нью-Йоркской конвенции на основании Указа Президента РК №2485 от 4 октября 1995 года. В тот же день таким же указом, только за № 2484, Казахстан был присоединен к Европейской конвенции. Грамоты о присоединении к обеим конвенциям были

¹ [Электронный ресурс]: Бюллетень Верховного Суда Республики Казахстан №3/2019. С. 69. URL: <http://sud.gov.kz/rus/content/byulleteni-za-2019-god>.

депонированы Казахстаном у Генерального Секретаря ООН 20 ноября 1995 года¹. Соответственно, обе конвенции для Казахстана вступили в силу 18 февраля 1996 года (согласно пункту 2 статьи 12 Нью-Йоркской конвенции и пункту 8 статьи 10 Европейской конвенции).

Статус присоединения Казахстана к обеим конвенциям и их положение в иерархии нормативных правовых актов долгое время оставались предметом непростой в конституционно-правовом смысле дискуссии среди юристов. Дело в том, что в период присоединения Казахстана к данным конвенциям в Республике отсутствовал высший представительный орган: досрочное прекращение конституционных полномочий Верховного Совета XII созыва в результате самороспуска² и роспуск Верховного совета XIII созыва³ оставили Казахстан без действующего парламента на период с марта 1995 года по январь 1996 года.

В указанный период Президент РК имел право издавать два вида указов:

а) указы, имеющие силу закона – на основании Закона от 10 декабря 1993 года №2576-ХІІ «О временном делегировании Президенту РК и главам местных администраций дополнительных полномочий», и

б) указы, принимаемые «на основе и во исполнение Конституции и законов», то есть не имеющие силы закона и, соответственно, не приравненные к актам высшего представительного органа – на основании статьи 79 Конституции 1993 года и статьи 45 Конституции 1995 года.

Сказанное означает, что в период осуществления Президентом дополнительных полномочий он имел две шляпы: главы государства с полномочием издавать подзаконные

¹ [Электронные ресурсы]: Статус текстов Нью-Йоркской конвенции. URL: http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html; Статус текстов Европейской конвенции. URL: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXII-2&chapter=22&clang=_en (дата обращения: 01.06.2019).

² [Электронный ресурс]: *Малиновский В.А.* Рожденная в противостоянии // Юрист. 2005. №8. URL: <https://journal.zakon.kz/203580-rozhdenaja-v-protivostojanii.html> (дата обращения: 31.05.2019).

³ В соответствии с постановлением Конституционного Суда РК от 6 марта 1995 года “О нелегитимности Верховного Совета РК, избранного 7 марта 1994 года”.

акты в виде обычных указов и высшего представительного органа с полномочием издавать указы, приравненные по своей силе к законам. В зависимости от случая Президенту надлежало принимать решение, какую шляпу надеть. Обсуждаемый вопрос, следовательно, сводится к тому, какую шляпу Президент надел 4 октября 1995 года, присоединяя Республику к Нью-Йоркской и Европейской конвенциям.

Различные значения ратификации с точки зрения международного права и внутреннего законодательства

До того, как переходить к более подробному анализу статуса присоединения к конвенциям, следует прояснить, какие последствия влечет присоединение Республики к международному договору в международно-правовом плане и – отдельно – с точки зрения действующего права, подлежащего применению казахстанскими судами. Как будет продемонстрировано далее, смешение международно-правовых последствий присоединения к международному договору с последствиями, имеющими значение исключительно с точки зрения внутреннего права, обнаруживается в основе неправильной квалификации статуса присоединения Казахстана к обсуждаемым конвенциям.

С точки зрения международного права и, в частности, Венской конвенции о праве международных договоров от 23 мая 1969 года¹ (далее – Венская конвенция) – «ратификация», «принятие», «утверждение» и «присоединение» – синонимы, означающие способ выражения согласия субъекта международного права на обязательность для него международного договора. Иными словами, в международном плане безразлично, связала ли Республика себя обязательством указом президента, постановлением правительства или законом парламента о ратификации.

Участник Венской конвенции не может ссылаться на положения своего внутреннего права в качестве оправдания для невыполнения им международного договора (статья 27). Это, в свою очередь, не означает, что с точки зре-

¹ К которой Казахстан присоединился на основании постановления Верховного Совета РК от 31 марта 1993 года №2059-ХІІ.

ния внутреннего права суды обязаны применять международный договор во всяком случае его противоречия внутренним законам страны. Как правильно отметил Конституционный Совет РК в постановлении от 11 октября 2000 года №18/2, Венская конвенция *«не определяет порядка исполнения договоров. Это относится к конституционным и законодательным прерогативам государств и вытекает из общепризнанного принципа международного права – суверенного равенства государств»*. Сказанное означает, что принципиально возможна ситуация, при которой судам надлежит отдавать приоритет внутренним законам, тем самым вынуждая Республику нарушать принятые международно-правовые обязательства. В таком случае инвестор при наличии прочих условий может предъявить к Республике иск о нарушении международного договора.

Другим примером неисполнимости международного договора, даже при условии его ратификации Парламентом, будет служить его признание антиконституционным: в этой ситуации договор хоть и не подлежит исполнению, автоматически не прекращает своего действия. Для такого случая и нужны такие механизмы, как согласительные процедуры и денонсация договора.

С точки зрения иерархии нормативных правовых актов значение имеет только уровень акта, которым Республика присоединилась к международному договору. Ранг акта определяется формально выраженной в пределах компетенции волей органа, его издающего. Ранг акта не определяется его содержанием. Воля выражается путём придания акту соответствующих реквизитов, включая наименование. Следовательно, если даже президент издал «указ о ратификации», слово «указ» относится к реквизиту акта, определяющего его ранг в иерархии действующего права, а слово «ратификация» относится к содержанию указа и адресован субъектам международного права с целью сообщить миру, что Республика отныне связана международно-правовым обязательством.

Конечно, с точки зрения юридической техники нежелательно включать в содержание акта о присоединении к международному договору слово «ратификация», если

уровень соответствующего акта не соответствует уровню закона. В противном случае только искусственный юрист в результате сложного анализа будет способен распознать действительные последствия такого присоединения. Остальные могут быть сбиты с толку словом «ратификация» в содержании подзаконного акта и будут наивно полагать, что положения международного договора имеют ситуативное превосходство при коллизиях с нормами законов¹.

Развенчивая мифы

Отдельного внимания (и опровержения) заслуживают толкования, предлагающие считать Указы Президента РК о присоединении к Нью-Йоркской и Европейской конвенциям ратификационными актами.

Довод о том, что Президент не мог присоединить Республику к международному договору иначе как на основе своих полномочий действовать вместо высшего представительного органа. Некоторые казахстанские юристы высказывали мнение о том, что Указы Президента о присоединении к обсуждаемым конвенциям следует толковать как указы, имеющие силу закона, поскольку Президент якобы не мог присоединить Казахстан к международному договору иначе как на основе своих полномочий действовать вместо высшего представительного органа.

Нам этот вывод представляется со всей очевидностью ошибочным, поскольку Президент в силу пункта 11 статьи 44 Конституции РК 1995 года, а также подпункта а) пункта 2 статьи 7 Венской конвенции имел полномочия представ-

¹ В качестве примера можно привести следующие “указы о ратификации”, которые в действительности не создают приоритета соответствующих международных договоров перед национальным законодательством: Указ Президента РК от 24 января 1996 года №2815 “О ратификации Соглашения о взаимном признании прав и регулировании отношений собственности”; Указ Президента РК от 5 января 1996 года №2748 “О ратификации Договора о дружественных отношениях и сотрудничестве между РК и Республикой Болгария”; Указ Президента РК от 15 сентября 1995 года №2459 “О ратификации Соглашения между РК и Российской Федерацией о единстве управления таможенными службами”.

лять 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 реализовал свое полномочие главы государства, высшего должностного лица, но не высшего представительного органа.

Наш вывод согласуется с позицией Конституционного Совета, который в своем нормативном постановлении от 18 мая 2006 года №2 «Об официальном толковании подпункта 7) статьи 54 Конституции» указал:

«2...международные договоры, обязательность которых для Казахстана установлена нормативными правовыми актами о присоединении к международным договорам, принятыми высшим представительным органом Республики, осуществляющим законодательные функции (Верховным Советом, Парламентом Республики Казахстан) и указами Президента Республики Казахстан, имеющими силу закона (выделено мной. – В.Ш.), приравниваются к ратифицированным Республикой Казахстан международным договорам.

3. Нератифицированные международные договоры Республики Казахстан приоритетом перед законами Республики не обладают и должны исполняться в той мере, в какой они не входят в противоречие с законами Республики. В случае коллизии между ними стороны договоров имеют возможность в соответствии с Законом Республики Казахстан от 30 мая 2005 года №54-III «О международных договорах Республики Казахстан», а также нормами международного права разрешать ее путем согласительных процедур и принятия иных мер по преодолению коллизии».

Таким образом, надев шляпу главы государства, высшего должностного лица, но не высшего представительного органа, 4 октября 1995 года Президент Н.А. Назарбаев реализовал свое полномочие путем издания подзаконного акта в виде обычного указа Президента, присоединив Республику к двум конвенциям, тем самым, с одной стороны, связав страну международно-правовым обязательством, а с другой

стороны, включив положения конвенций в материю действующего законодательства. Как следует из нормативного постановления Конституционного Совета от 18 мая 2006 года, у господина Президента была альтернатива – издать указ, имеющий силу закона, – которой он не воспользовался. Поэтому положения Нью-Йоркской и Европейской конвенций «приоритетом перед законами Республики не обладают и должны исполняться в той мере, в какой они не входят в противоречие с законами Республики».

Довод о том, что акты о ратификации международных договоров и акты о присоединении к международным договорам равнозначны по своей юридической силе. Как мы выяснили, этот тезис имеет смысл и верен только с точки зрения международного права, поскольку любая форма присоединения к международному договору создает для государства равнозначное международно-правовое обязательство. В этом смысле «ратификация», «принятие», «утверждение» и «присоединение» означают, в зависимости от случая, имеющий такое наименование международный акт, посредством которого государство выражает в международном плане свое согласие на обязательность для него договора (подп. б) пункта 1 статьи 2 Венской конвенции). Именно это имел в виду Конституционный Совет, указывая в своем постановлении №1 от 10 июля 2008 года, что *«акты Республики Казахстан о ратификации международных договоров и акты Республики Казахстан о присоединении к международным договорам равнозначны по своей юридической силе и правовым последствиям. В этой связи международные договоры, обязательность которых для Казахстана установлена нормативными правовыми актами о присоединении к международным договорам, принятыми Парламентом республики, приравниваются к ратифицированным Республикой Казахстан международным договорам».*

В то же время этот довод несостоятелен, если речь идет о приоритете международного договора перед национальным законодательством, поскольку такая приоритетность устанавливается исключительно путем издания акта, по своей силе равнозначного закону Парламента. Таким совершенно очевидно не является обычный указ Президен-

та, не содержащий в своем наименовании (реквизитах) слов «имеющий силу закона». Содержание нормативного правового акта не определяет его положение в иерархии, поэтому даже если бы в Указах Президента от 4 октября 1995 года речь шла о «ратификации» Нью-Йоркской и Европейской конвенций, эти слова не означали бы ратификации этих международных договоров в значении пункта 3 статьи 4 Конституции РК и не придавали бы преимущественной силы их положениям перед национальными законами.

Значение конвенций для инвестиционного климата и стабильности гражданского оборота

Есть несколько убедительных доводов в пользу необходимости ратификации Нью-Йоркской и Европейской конвенций. Первый блок причин касается утверждения международных и всем понятных стандартов признания иностранных арбитражных решений. Второй – потенциала конвенций для развития казахстанского арбитража (так, Нью-Йоркская конвенция может потенциально применяться не только к решениям, вынесенным по иностранному арбитражному законодательству, но и по казахстанскому закону об арбитраже, тем самым делая Казахстан более привлекательным местом арбитража). Третий – расширения инструментов для преодоления патологий в арбитражных соглашениях, касающихся как их действительности, так и вопросов выбора права, применимого к арбитражному разбирательству и арбитражному соглашению. И, наконец, не менее важным, пусть и не столь явным, является значение ратификации конвенций в качестве правовой основы для рецепции устоявшихся в развитых правовых порядках доктрин в области международного арбитража. Так, например, до того, как удалось вывести из положений Нью-Йоркской и Европейской конвенций, первоначально не рассчитанных на решение коллизионных вопросов, концепцию «юридического места арбитража», научная мысль и судебная практика развитых правовых порядков прошли тернистый путь в несколько десятилетий.

О противоречиях ГПК и Закона «Об арбитраже» Нью-

Йоркской конвенции было написано достаточно подробно¹. Поскольку цель настоящей статьи не охватывает анализ этих противоречий, здесь мы на них подробно останавливаться не станем. Пожалуй, скажем только о проблеме соотношения Нью-Йоркской и Европейской конвенций, которая также требует внесения ясности в статус присоединения Казахстана к этим международным договорам и которая в литературе не освещалась.

Закон «Об арбитраже» и ГПК по смыслу (пусть и не дословно) воспроизводят следующее основание, содержащееся в подпункте «е» пункта 1 статьи 5 Нью-Йоркской конвенции, отказа в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения: «Решение еще не стало обязательным для сторон или было отменено, или его исполнение было приостановлено судом страны, в соответствии с законом которой оно было вынесено». В то же время, поскольку Казахстан присоединился к Европейской конвенции, для него применение указанного подпункта Нью-Йоркской конвенции должно ограничиваться случаями, предусмотренными в пункте 1 статьи 9 Европейской конвенции.

Возникает вопрос: ограничивает ли пункт 1 статьи 9 Европейской конвенции применение соответствующих поло-

¹ См., например: [Электронный ресурс]: *Сулейменов М.К., Дуйсенова А.Е.* Изменения в законодательстве Республики Казахстан об арбитраже. URL: <https://www.zakon.kz/4957274-izmeneniya-v-zakonodatelstve-respubliki.html> (дата обращения: 24.02.2019); [Электронный ресурс]: *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> (дата обращения: 31.05.2019); *Тлеулина Л.С.* Указ. соч. С. 31-39; [Электронный ресурс]: *Елеуов М.* Инвестиционный климат и разрешение споров: некоторые проблемы и решения / Выступление на XV Юбилейной Международной Атырауской правовой конференции “Недропользование – основа экономики Республики Казахстан”. 29 апреля 2017 года. URL: <https://www.zakon.kz/4862384-investicionnyjj-klimat-i-razreshenie.html> (дата обращения: 31.05.2019). *Arman Shaikenov.* Указ. соч.; [Электронный ресурс]: *Тукулов Б.А.* Новый Закон Республики Казахстан “Об арбитраже”: внимание некоторым проблемным моментам. 27 мая 2016 года. URL: <https://www.zakon.kz/4795629-novyjj-zakon-respubliki-kazakhstan-ob.html> (дата обращения: 31.05.2019). *Шайкенов В.Ж., Идаятова А.Т.* Указ. соч. С. 123-133.

жений статьи 57 Закона «Об арбитраже» и статьи 255 ГПК? Ответ на этот вопрос будет зависеть главным образом от того, как будет разрешена проблема со статусом присоединения Казахстана к обсуждаемым конвенциям.

Отсылка закона к нератифицированному международному договору

Существует и самостоятельное основание, не связанное с иерархией нормативных правовых актов, позволяющее разрешить коллизию между нератифицированным международным договором и вышестоящим законом в пользу первого – это отсылка к международному договору в самом законе.

На это прямо указывает и Конституционный Совет в своем постановлении №18/2 от 11 октября 2000 года. Так, в отдельных законах Республики предусматривается приоритет международных договоров перед нормами этих законов. Например, в пункте 8 статьи 3 Гражданского кодекса РК (Общей части), принятого Верховным Советом 27 декабря 1994 года, закреплено: *«Если международным договором, участником которого является Республика Казахстан, установлены иные правила, чем те, которые содержатся в гражданском законодательстве Республики Казахстан, применяются правила указанного договора...»*. Эта норма не противоречила Конституции 1993 года. Остается она в силе и после принятия Конституции 1995 года, так как указанный законодательный акт не подвергался отмене Парламентом и продолжает действовать после вступления в силу Конституции 1995 года.

Отсылка к международному договору в целях признания и исполнения содержалась в части первой статьи 425 ГПК РК от 13 июля 1999 года (утратившего силу в связи с принятием нового ГПК): *«Решения иностранных судов и арбитражей признаются и исполняются в Республике Казахстан, если это предусмотрено законом или международным договором Республики Казахстан на началах взаимности»*. Как видно из приведенной нормы, применение международного договора не ставилось под условие его ратификации, но требовалась взаимность.

По ГПК 1999 года проблема со взаимностью могла по-

тенциально решаться за счет презумпции взаимности или исходя из того, что страна заявителя является участницей конвенции. Однако в контексте общего состояния права в период с 1999 года по 2004 год приведенная норма статьи 425 ГПК 1999 года не помогала преодолеть противоречия между Нью-Йоркской и Европейской конвенциями, с одной стороны, и внутренним процессуальным законодательством – с другой: использованный в статье термин «иностранные арбитражи», скорее всего, был заимствован из кодексов раннего периода и относился к государственным арбитражным судам, ликвидированным в самом Казахстане незадолго до принятия ГПК 1999 года¹.

К моменту принятия ныне действующего ГПК от 31 октября 2015 года казахстанскому законодательству стала хорошо известна концепция международного коммерческого арбитража, поэтому отсылка к иностранному арбитражу уже понималась в значении, принятом в международной практике. Но здесь появилась другая проблема, впервые пробудившая повышенный интерес к статусу присоединения Казахстана к Нью-Йоркской и Европейской конвенциям. Часть 1 статьи 501 нового ГПК впервые поставила приоритетность международного договора перед кодексом под условие его ратификации: «...*Арбитражные решения иностранных арбитражей признаются и приводятся в исполнение судами Республики Казахстан, если признание и приведение в исполнение таких актов предусмотрены законодательством и (или) международным договором, **ратифицированным** (выделено мной. – В.Ш.) Республикой Казахстан...*».

Решение проблемы: ретроспективная ратификация конвенций

По причинам, изложенным выше, в сложившейся ситуации ни одно толкование не способно придать указу Президента, не имеющему силу закона, эффект ратификационно-

¹ Об этом см. подробнее: 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> (дата обращения: 31.05.2019).

го акта в конституционно-правовом значении. Не может обсуждаемым указам Президента дать расширительное толкование Парламент, поскольку аутентичное толкование законов не признается Конституционным Советом¹. В равной степени не способен разрешить проблему и Верховный Суд, будь то путем принятия нормативного постановления или, тем более, в виде рекомендаций судам, ибо судья независим при отправлении правосудия и связан законом. Честный судья должен будет признать, что указ Президента, не имеющий силы закона, не способен придать положениям международного договора приоритет перед национальным законом.

Поэтому единственным правовым способом придания Нью-Йоркской и Европейской конвенциям приоритета перед национальными законами является их ратификация путем принятия Парламентом РК соответствующих законов. Единственный способ разрешить противоречия между конвенциями и внутренними законами из ранее возникших отношений – придать законам о ратификации обратную силу с момента, когда конвенции были введены в действие указами Президента, то есть с 18 февраля 1996 года.

Прошу считать эту статью открытым письмом, адресованным профессиональному сообществу, а также субъектам права законодательной инициативы с призывом к решительному действию по ратификации Нью-Йоркской и Европейской конвенций. Только так мы сможем снять напряжение, раздражающее инвесторов и наше право. Только так мы сможем приблизиться к цивилизованной части мира.

¹ Согласно нормативному постановлению Конституционного Совета РК от 15 октября 1997 года №17/2, «Конституция Республики Казахстан не предусматривает наделение Парламента правом официального толкования законов, в том числе конституционных».

Глава 2. РАЗГРАНИЧЕНИЕ КОМПЕТЕНЦИИ СУДОВ И АРБИТРАЖЕЙ

*А.К. Калдыбаев,
А.В. Линник*

АЛЬТЕРНАТИВНЫЕ АРБИТРАЖНЫЕ ОГОВОРКИ

1. Общие положения

Определение компетенции арбитража для рассмотрения гражданско-правовых споров является одним из важнейших элементов арбитражного производства, без которого оно не может быть реализовано.

В соответствии с п. 1 ст. 20 Закона РК «Об арбитраже» (далее – Закон) арбитраж самостоятельно решает вопрос о наличии или отсутствии у него полномочий (юрисдикции) рассматривать переданный на его разрешение спор, в том числе в случаях, когда одна из сторон возражает против арбитражного разбирательства по причине недействительности арбитражного соглашения.

Согласно п. 4 ст. 9 Закона к письменному арбитражному соглашению предъявляются необходимые обязательные требования. Оно должно содержать намерение сторон о передаче спора в арбитраж, указание предмета спора и конкретного арбитража. В случаях, предусмотренных п. 10 ст. 8 Закона, арбитражное соглашение должно содержать и согласие уполномоченного органа соответствующей отрасли или местного исполнительного органа.

На практике имеют место ситуации, когда арбитражное соглашение имеет определенные недостатки. Например, в нем неточно указано наименование арбитражного учреждения, вид арбитража (постоянный или *ad hoc*), другие неточности, позволяющие сторонам по-разному толковать содержание арбитражной оговорки. Реабилитация подобных соглашений в принципе допускается, если не противоречит императивным правилам.

Возможны также ситуации, когда арбитражное соглашение

отсылает к институту, прекратившему свое существование. Здесь судьба арбитражного соглашения зависит в первую очередь от позиции самих сторон. При достижении обоюдного согласия они могут обратиться в другое арбитражное учреждение за разрешением возникшего спора. Но это идеальный случай, а когда такое согласие не достигнуто, то вопрос остается открытым. При обращении в государственный суд последний может отказать в принятии или возратить исковое заявление, ссылаясь на наличие арбитражной оговорки.

В определенных случаях юрисдикция арбитража может быть реализована путем применения ст. 4 Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже (Женева, 1961 г.), когда уполномоченный орган страны может по просьбе истца назначить конкретный арбитраж в спорных ситуациях. В Республике Казахстан таким органом является Арбитражный центр Атамекен.

Вместе с тем применение Европейской конвенции допустимо только к сторонам, государства которых являются ее участниками. На иных лиц Конвенция не распространяется, и реализация обеспечения действительности арбитражного соглашения может быть невыполнимой (при отсутствии наличия правопреемства).

Одним из важнейших принципов арбитража, перечисленных в ст. 5 Закона, является принцип автономии воли сторон. Это означает, что стороны по предварительному согласованию имеют право решать вопросы порядка и условий осуществления арбитражного разбирательства. Применение принципа возможно на любой стадии арбитражного процесса. Воля сторон начинает реализовываться с включением арбитражной оговорки в договор и выбором арбитража, куда стороны обратятся при возникновении спора.

В настоящее время актуальным является вопрос о включении в договоры альтернативных арбитражных оговорок. Исходя из способа разрешения спора, вариантами таких оговорок являются случаи, когда договор предусматривает право выбора:

- 1) между арбитражем *ad hoc* (разовым) или указанным в договоре постоянно действующим арбитражем,
- 2) одного из двух или более указанных в договоре постоянно действующих арбитражей,

3) между арбитражем (*ad hoc* или указанным в договоре постоянно действующим арбитражем) и государственным судом.

Исходя из того, предоставляются ли указанное право выбора обеим сторонам договора или только одной из сторон договора, различаются соответственно:

- 1) симметричные арбитражные оговорки,
- 2) асимметричные арбитражные оговорки.

Полагаем, что существуют различные причины включения альтернативных оговорок в договоры. Например, неспособность сторон при заключении контракта договориться о выборе метода разрешения спора или об обращении в один арбитражный институт. В этом случае альтернативная оговорка может выступать как компромисс, позволяющий учесть обе позиции.

Если сторона осуществляет деятельность в различных странах, альтернативные оговорки могут заключаться с целью максимального обеспечения защиты ее прав исходя из обстоятельств конкретного спора. Например, транснациональная компания, которая ведет бизнес в разных юрисдикциях, может согласиться с привлечением ее в качестве ответчика по иску лишь в одной юрисдикции. В то же время она может иметь возможность предъявлять иск против должника в любой юрисдикции, где могут храниться его активы¹.

На заключение альтернативной оговорки также может пойти сторона договора, которая имеет опыт рассмотрения дел в государственных судах и не имеет такого опыта в арбитраже. В этой связи, в рамках переходной ситуации, для постепенного ознакомления с разрешением споров в арбитраже, устанавливается альтернатива. При этом предполагается, что чем больше компании будут узнавать позитивного об арбитраже и чем больше они будут участвовать в арбитражных спорах, видя наличие преимуществ, тем больше они будут отказываться от альтернативных оговорок в пользу однозначного определения арбитража как способа разрешения споров.

Настоящая статья в большей мере касается альтернативных оговорок, которые дают право выбора между арбитражем и государственным судом.

¹ <http://nationalmagazine.ca/Articles/February-2017/One-sided-jurisdiction-clauses-The-case-for-validi.aspx>.

2. Практика зарубежных стран по применению альтернативных арбитражных оговорок

Практика зарубежных стран особенно подчеркивает уважение права выбора сторон договора по альтернативным арбитражным оговоркам. В отношении симметричных арбитражных оговорок, которые дают право выбора обеим сторонам, нет никаких ограничений – практика развитых стран со сложившимися арбитражными традициями однозначно признает такие оговорки действительными. В этой связи нет и расширенной литературы, которая обсуждает вопрос правомерности таких оговорок.

Однако в отношении асимметричных оговорок ситуация не столь однозначна.

Правомерность асимметричных арбитражных оговорок, дающих право выбора между арбитражем и государственными судами только одной стороне договора, признается в отдельных развитых странах. При этом суды этих стран признают действительность таких оговорок, руководствуясь принципом свободы договора.

Высокий суд Англии (решения «NB Three Shipping Ltd. v. Harebell Shipping Ltd.» и «Debenture Trust Corpple v. Elektrim Finance BVandothers»)¹ признал допустимость подобных оговорок. При этом английская практика эволюционировала от отказа в исполнении асимметричных оговорок до признания их правомерными.

Верховный суд Австралии следует опыту Англии. В 1995 году суд оставил в силе одностороннюю арбитражную оговорку, которая позволяла стороне договора выбирать между арбитражем или судебным разбирательством, причем это право не было распространено на другую сторону. Суды² Италии³ также признают асимметричные оговорки и поддерживают их, считая, что эти оговорки имеют важную

¹ Ходыкин Р.М. Гибридные оговорки о рассмотрении спора // Вестник ВАС РФ. 2012. №11. С. 64, в: Зенькович Д.И. Асимметричные арбитражные соглашения в английском и американском праве.

² <http://nationalmagazine.ca/Articles/February-2017/One-sided-jurisdiction-clauses-The-case-for-validi.aspx>.

³ Черных Ю. Альтернативные (опционные) арбитражные оговорки (тезисы доклада): Материалы II Международных арбитражных чтений памяти академика И.Г. Побирченко. 13 ноября 2014 год. С. 115 // <http://arb.ucci.org.ua/publ/rept2014reading.pdf>.

ценность в транснациональных коммерческих сделках. Ирландская правоприменительная практика также.

Суды Германии отказываются признавать оговорку, дающую право выбора между арбитражем и государственными судами только одной стороне¹.

Позиция Кассационного суда Франции является неоднозначной: в случае, когда опционная оговорка давала одной стороне право выбора между государственным и арбитражным судом Нидерландов, Кассационный суд Франции признал ее допустимой, но в более позднем решении асимметричная опционная оговорка была признана недействительной².

В США, исходя из законодательства отдельных штатов, имеется риск признания асимметричной оговорки недействительной как нарушающей принцип взаимности и доктрины добросовестности (в основном по трудовым договорам и в договорах с участием потребителей)³.

Суды Украины, как правило, признают такие оговорки действительными. Характерным является дело №910/3425/13, рассмотренное в сентябре 2014 года Высшим Хозяйственным судом. В данном деле имела место асимметричная опционная оговорка, предоставляющая право выбора юрисдикции только одной стороне – банку. Согласно договору, споры по нему были подсудны «Рижскому международному третейскому суду», или «на выбор банка, в суде Латвийской республики по местонахождению банка или в суде другой страны по подсудности». Правопреемник банка был ответчиком в деле. Высший хозяйственный суд Украины признал, что, согласно оговорке, истец не имел права обращения в государственный суд Украины, так как правом выбора между арбитражем и государственными судами обладал только банк. Таким образом, данная оговорка, несмотря на асимметричный характер и несбалансированность прав сторон, была признана легитимной⁴.

¹ Там же. С. 115.

² <http://www.kiaplaw.ru/press-centr/public/optsionnaya-ogovorka.html>.

³ *Зенькович Д.И.* Асимметричные арбитражные соглашения в английском и американском праве. См. <http://xn-7sbbaj7auwnffhk.xn-p1ai/article/496>.

⁴ *Черных Ю.* Альтернативные (опционные) арбитражные оговорки (тезисы доклада): Материалы II Международных арбитражных чтений памяти академика И.Г. Побирченко. 13 ноября 2014 год. С. 115 // <http://arb.ucci.org.ua/publ/rept2014reading.pdf>.

Если обратиться к практике российских судов в этом вопросе, то она также признает правомерность симметричных альтернативных арбитражных оговорок, тогда как асимметричные не находят правовой поддержки.

Так, по оговорке: «Спор передается на рассмотрение по выбору истца: в Сибирский третейский суд (г. Новосибирск) или в Арбитражный суд Новосибирской области (государственный суд)» Высший арбитражный суд РФ (ВАС) указал, что третейские соглашения, предусматривающие возможность каждой из сторон обратиться по своему выбору в конкретные государственные или третейские суды, не противоречат закону и должны считаться заключенными (Постановление Президиума ВАС от 14.02.2012 г. №11196/11)¹.

Однако в том же году в постановлении Президиума №1831/12 от 19 июня 2012 года ВАС сделал противоположный вывод по другому делу, указав, что оговорка ставит истца в преимущественное положение и нарушает баланс интересов сторон, поскольку только ему предоставляет право выбора средства разрешения спора (частного арбитража или государственного правосудия)².

Верховный суд РФ в определении от 27 мая 2015 года по делу №310-ЭС14-5919 признал легитимной третейскую оговорку, закрепляющую право истца передать спор на разрешение государственного или третейского суда по своему усмотрению. При этом Верховный суд РФ указал: «Положение третейских оговорок, предоставляющее истцу право выбора возможности обратиться в государственный суд либо третейский суд, – не является диспаритетным, поскольку сами третейские оговорки не обозначают конкретную сторону (конкретное лицо), которой такой выбор предоставляется, указывая лишь на истца как обладателя права, в то время как при возникновении правового спора истцом в деле может оказаться любая из сторон договора как кредитор, так и должник»³.

¹ *Зайцев А.И.* Легитимность альтернативных третейских оговорок: двойные стандарты в практике Высшего Арбитражного суда РФ и Верховного Суда РФ // Третейский суд. 2016. №1(103). С.177.

² Там же. С.177.

³ *Зайцев А.И.* Легитимность альтернативных третейских оговорок: двойные стандарты в практике Высшего Арбитражного суда РФ и Верховного Суда РФ // Третейский суд. 2016. №1(103).С.178.

Таким образом, российская судебная практика четко определилась с правомерностью симметричных арбитражных оговорок. Оговорка о том, что «все споры, возникающие из договора, могут рассматриваться по выбору истца либо в третейском суде, либо в компетентном государственном суде» не нарушает баланс прав сторон, так как при заключении таких третейских соглашений стороны не поражаются в равенстве своих процессуальных прав, поскольку позволяет любой из них обрести право подать иск либо в компетентный суд, либо в третейский суд.

Это еще раз подтверждает дело, рассмотренное в 2016 году. Арбитражная оговорка предусматривала разрешение споров между нефтяной компанией и банком либо в Арбитражном суде Кемеровской области, либо в Независимом третейском суде при ООО «Арбитр» по усмотрению истца. Истец выбрал третейский суд для разбирательства. Решение арбитража было в его пользу, и он обратился в государственный суд за получением исполнительного листа. Должник заявил, что оговорка недействительна, так как стороны не договорились о конкретном способе разрешения спора и что односторонний выбор способа истцом привел к нарушению баланса прав сторон в процессе. Суд отклонил доводы должника и выдал исполнительный лист, указав, что соглашение, дающее право истцу выбирать способ разрешения споров, не является неопределенным и асимметричным, поскольку указание на место разбирательства было достаточно четким, и любая сторона договора потенциально могла стать истцом. Апелляционный суд 17.06.2016 года согласился с доводами нижестоящего суда¹.

Правомерность заключения арбитражных (третейских) соглашений (оговорок), допускающих возможность разрешения споров либо в третейском суде, либо в государственном суде по выбору истца отражена в целом ряде недавних судебных актов (в 2015 году – Волгоградского областного суда, Санкт-Петербургского городского суда, в 2016 году – Московского городского суда, Ярославского

¹ Кульков М.А., Лысов С.В. Актуальные вопросы арбитража в практике государственных судов //Третейский суд. 2016. №2/3 (104/105). С. 107-108.

областного суда, Верховных судов Татарстана и Республики Коми)¹.

В пользу асимметричных арбитражных оговорок говорит то, что даже если договор лишает права выбора между арбитражем или государственным судом одну сторону договора, то эта сторона договора имеет все-таки право использовать тот метод защиты, который у нее остается (исключительно суд или исключительно арбитраж). Если же договор вообще лишает сторону права на защиту, то такое положение договора необходимо признать недействительным как противоречащим принципу добросовестности.

При этом, если стороной договора является потребитель, который приобретает товары, работы или услуги для своего личного пользования, то включение асимметричных оговорок в практике многих стран ведет к недействительности таких оговорок. Например, в Португалии асимметричные оговорки не допускаются в договорах между бизнесом и потребителями².

В феврале 2013 г. международная юридическая компания «Clifford Chance» выпустила обзор применения асимметричных арбитражных оговорок в более чем 40 юрисдикциях. По мнению авторов обзора, применение асимметричных арбитражных оговорок является рискованным в Венгрии, Индии, Индонезии, Казахстане, Словакии, Испании, Турции, Объединенных Арабских Эмиратах и Украине. Наиболее вероятными основаниями для признания асимметричных арбитражных оговорок недействительными в этих странах предполагаются: отсутствие соглашения сторон, неравное положение при проведении переговоров, нарушение принципа равенства сторон, противоречие публичному порядку³.

¹ Мишина М.М. Практика рассмотрения компетентными судами заявлений о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение // Третейский суд. 2016. №2/3 (104/105). С.113.

² Зенькович Д.И. Асимметричные арбитражные соглашения в английском и американском праве // <http://xn-7sbbaj7auwnffhk.xn-plai/article/496>.

³ Зенькович Д.И. Асимметричные арбитражные соглашения в английском и американском праве // <http://xn-7sbbaj7auwnffhk.xn-plai/article/496>.

Однако любые предположения о том, что односторонние арбитражные оговорки являются злоупотреблением или что они не должны использоваться, должны быть тщательно рассмотрены. В контексте коммерческих отношений, где у сторон имеется равная переговорная позиция, трудно сделать вывод о том, что эти оговорки являются злоупотреблением. Например, кредитору должно быть разрешено подавать иск в разных юрисдикциях, где находятся активы должника при нарушении последним соглашения о займе. Кредитор сталкивается с меньшим коммерческим риском, а заемщик получает заем¹.

Таким образом, в отношении асимметричных арбитражных оговорок нет единой практики. Такие оговорки, дающие больше прав только одной стороне договора, могут быть признаны недействительными со ссылкой на нарушение принципа добросовестности и равенства сторон. Особенно если второй стороной, чье право выбора ограничивается, является потребитель.

3. Вопросы практического применения альтернативных арбитражных оговорок

Включение альтернативной оговорки может нести за собой необходимость решения некоторых правовых вопросов.

Правомерность альтернативных оговорок. Как было выше отмечено, Закон содержит определенные требования к арбитражному соглашению, в т.ч. требование по указанию конкретного арбитражного учреждения (пп. 3) п. 4 ст. 9)². В этой связи возникает вопрос, насколько в настоящее время включение в договор альтернативных арбитражных оговорок соответствует Закону.

Имеется риск, что наличие в оговорке указания на несколько арбитражных учреждений или дополнительного к

¹ <http://nationalmagazine.ca/Articles/February-2017/One-sided-jurisdiction-clauses-The-case-for-validi.aspx>.

² В соответствии с проектом Закона «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам усиления защиты права собственности и арбитража» (по состоянию на 28.08.2017) данное и иные требования к арбитражному соглашению исключаются.

арбитражному учреждению государственного суда может быть расценено государственным судом, который будет проверять наличие и действительность арбитражной оговорки, как отсутствие действительного арбитражного соглашения.

Однако, с учетом вышеуказанного зарубежного опыта, мы не видим каких-либо проблем с заключением альтернативных арбитражных соглашений (оговорок), так как такие оговорки включают указание на конкретное арбитражное учреждение. Закон в настоящее время не говорит о том, что должно быть указано только одно арбитражное учреждение и в общем не исключает альтернативное указание государственного суда наравне с арбитражем.

Поскольку арбитраж основывается на принципах автономии воли сторон, то воле сторон должно придаваться приоритетное значение, если не нарушаются законные интересы третьих лиц или основы правопорядка государства. Поскольку стороны предусмотрели право выбора наиболее удобного для них способа разрешения споров, то государству нужно уважать такое право. При этом должны отсутствовать иные причины признания арбитражного соглашения недействительным, а также, если суд не найдет, что оно утратило силу или не может быть исполнено, что отражено в статье 10 Закона.

Однако, если оговорка является асимметричной, то имеется больший риск признания такой оговорки недействительной как нарушающей общий принцип добросовестности или даже противоречащей публичному порядку.

Встречный иск. Могут возникнуть случаи, когда иск одной стороной договора подан в арбитраж, а встречный иск другая сторона намеревается подать в государственный суд. Или наоборот. Что в этом случае должен делать суд или арбитраж соответственно? Иски являются встречными, если: 1) направлены к зачету первоначального иска, 2) удовлетворение встречного иска исключает полностью или в части удовлетворение первоначального иска, 3) между встречным и первоначальными исками имеется взаимная связь, а их совместное рассмотрение приведет к более быстрому и правильному рассмотрению споров.

Встречные иски должны подаваться в то же учреждение, что и первоначальный иск и рассматриваться в том же раз-

бирательстве. То есть если первоначальный иск направлен в арбитраж, то и встречный иск должен рассматриваться в арбитраже, а государственный суд должен отказать в принятии встречного искового заявления. И наоборот: если первоначальный иск направлен в государственный суд, то и встречный иск должен рассматриваться также в государственном суде, а арбитраж должен отказать в принятии встречного искового заявления.

На практике суды не всегда принимают к производству встречные иски, ссылаясь на отсутствие какого-либо из трех перечисленных выше условий, и рекомендуют стороне спора обратиться в суд с иском в общем порядке. В такой ситуации сторона, не согласная с возвратом встречного иска, может обжаловать определение суда о возврате. В случае же обоснованности позиции суда, то есть если иск не является встречным, сторона, имеющая право по альтернативной оговорке, может подать новый иск как в арбитраж, так и в государственный суд.

Одновременная подача иска в арбитраж и в суд. Сторона не может подать иски в арбитраж, и в государственный суд. В соответствии с пп. 5) ст. 279 Гражданского процессуального кодекса Республики Казахстан суд должен оставить искомое заявление без рассмотрения, если между сторонами в соответствии с законом заключено соглашение о передаче данного спора на разрешение арбитража, если иное не предусмотрено законом. Также в соответствии с Законом об арбитраже арбитраж возвращает искомое заявление, если между сторонами отсутствует арбитражное соглашение (пп.1) п. 1 ст. 27 Закона).

Вместе с тем альтернативные оговорки как раз дают право обращения в суд или в арбитраж. При реализации права и подаче стороной иска в суд и при рассмотрении спора в суде, арбитраж должен отказать в принятии иска. И наоборот – при подаче стороной иска в арбитраж и при рассмотрении спора в арбитраже, суд должен отказать в принятии иска.

Таким образом, альтернативные оговорки по различным причинам все более начинают занимать значимое место в правоприменительной практике. Между тем наличие в договоре альтернативных арбитражных оговорок, особенно асимметричных, может вызвать определенные проблемы в

случае спора как по определению юрисдикции, так и по срокам рассмотрения, а также материальным затратам. Особенно это актуально, когда отечественная судебная практика по применению законодательства об арбитраже находится на этапе становления.

Следует также отметить, что не во всех государствах однозначный законодательный подход и судебная практика по отношению к асимметричным альтернативным оговоркам, что может повлечь признание недействительности таких оговорок и неисполнение арбитражных решений.

В этой связи мы рекомендуем заключать арбитражные соглашения (оговорки) с указанием только конкретного арбитража для того, чтобы иметь определенность по действиям в случае возникновения договорных споров. Такая определенность значительно упростит решение спора и позволит понимать последствия нарушения договорных обязанностей.

По этой причине полезно иметь в виду Руководящие принципы международной ассоциации юристов (МАЮ) по составлению международной арбитражной оговорки¹, которые содержат следующие основополагающие руководящие принципы составления оговорок:

1. Сторонам следует сделать выбор между постоянно действующим арбитражем и арбитражем *ad hoc*.

2. Если определен постоянно действующий арбитраж, следует в качестве отправной точки использовать типовую оговорку, которая рекомендуется для регламента такого арбитража.

3. Следует широко определить круг споров, которые могут быть разрешены в арбитраже, а при отсутствии особых обстоятельств круг этих споров не следует ограничивать.

4. Сторонам следует выбрать место арбитража из практических и правовых соображений.

5. Следует указать число арбитров.

6. Следует указать порядок назначения и замены арбитров, а в случае арбитража *ad hoc* – определить компетентный орган, который будет назначать арбитров в случае, если стороны не придут к соглашению.

¹ Руководящие принципы Международной Ассоциации юристов по составлению международных арбитражных оговорок, октябрь 2010 г., file://C:/Users/User.CAITR7155/Downloads/Guidelines%20for%20Drafting%20Intl%20Arbitration%20Clauses%202010%20-%20RUSSIAN.pdf.

7. Следует указать язык арбитражного разбирательства.

8. Следует указать право, применимое к договору и вытекающим к нему спорам.

Учет перечисленных рекомендаций МАЮ при заключении арбитражных оговорок в коммерческих договорах будет способствовать оперативному и качественному разрешению возникающих гражданско-правовых споров.

Н.Б. Аленкина

ТРЕТЕЙСКИЕ СОГЛАШЕНИЯ В ПРАКТИКЕ МЕЖДУНАРОДНОГО ТРЕТЕЙСКОГО СУДА ПРИ ТОРГОВО-ПРОМЫШЛЕННОЙ ПАЛАТЕ КЫРГЫЗСКОЙ РЕСПУБЛИКИ

Третейский суд в Кыргызской Республике, несмотря на драматическую историю своего становления¹, сегодня имеет достаточно прочную правовую основу: он обладает конституционным статусом², его деятельность регулируется

¹ Третейский суд в Кыргызстане то встраивался в систему государственных судов (ст. 79 Конституции КР от 5 мая 1993 года), то упразднялся в связи с признанием неконституционной ст.13 Закона КР «О торгово-промышленной палате КР» от 13 апреля 1994 года №1460-ХII в связи с тем, что порядок создания третейских судов при торгово-промышленных палатах противоречил действующей на тот момент конституционной норме о том, что третейские суды создаются по решению собрания граждан, местных кенешов или иного представительного органа местного самоуправления (ст.85 Конституции КР от 5 мая 1993 года) (см. Решение Конституционного суда КР от 5 декабря 1997 года по ходатайству президента ЗАО «Ак-Кеме» Сарымсакова Р.А. и представлению заместителя Торага ЗС ЖК КР Сыдыкова Ш.М. о признании неконституционной и несоответствующей пунктам 1, 2 и 3 статьи 79, статьям 80, 81, 82, 83, 84, 85 и 90 Конституции КР статьи 13 Закона «О торгово-промышленной палате Кыргызской Республики» // СПС Токтом-юрист).

² Согласно ст.40 Конституции КР государство обеспечивает развитие внесудебных и досудебных методов, форм и способов защиты прав и свобод человека и гражданина. Статья 58 устанавливает, что для внесудебного разрешения споров, возникающих из гражданских правоотношений, могут учреждаться третейские суды. Полномочия, порядок образования и деятельность третейских судов определяются законом.

специальным законом, разработанным на основе лучших мировых практик¹, а Конституционная палата Верховного суда КР подтвердила окончательность решения третейского суда и его особый статус как института гражданского общества, наделенного публично значимыми функциями². По вопросам взаимодействия третейских судов и государственных судов отечественное законодательство также достаточно последовательно: суды принимают обеспечительные меры по заявлению стороны третейского разбирательства, а также осуществляют выдачу исполнительных листов на принудительное исполнение решений третейских судов.

Помимо таких общих характеристик, как быстрота разрешения спора, возможность выбора арбитра, применимых правил, места рассмотрения и других процессуальных аспектов рассмотрения дела, третейское разбирательство в Кыргызской Республике имеет целый ряд особенностей, которые заслуживают специального внимания. Так, в Кыргызстане не предусмотрено оспаривание решений третейского суда ни по существу спора, ни по процедурным нарушениям. Государственный контроль за решениями третейского суда осуществляется только на стадии выдачи исполнительного листа для принудительного исполнения решения третейского суда. Законодательство Кыргызской Республики достаточно широко очерчивает круг споров, подведомственных третейскому суду, не делая исключений ни для корпоративных, ни для гражданско-правовых споров с участием государственных органов и юридических лиц с государственным участием, ни потребительских споров, по которым возникают трения и устанавливаются ограничения в соседних юрисдикциях. Закон о третейских судах прямо закрепляет примат применимых правил третейского суда по отношению к самому закону. В части же, не урегулированной применимыми правилами,

¹ Закон КР от 30 июля 2002 года №135 «О третейских судах в Кыргызской Республике»// Эркин Тоо. 2002, 7 августа. №59-60.

² Решение Конституционной палаты Верховного суда КР от 9 декабря 2015 года №16-р (По делу о проверке конституционности статьи 28 Закона Кыргызской Республики «О третейских судах в Кыргызской Республике» в связи с обращениями граждан Иманазаровой Бактыгуль Жакшылыковны, Мырзакуловой Гульнары, Мячина Виктора Ивановича) // СПС Токтом юрист.

деятельность третейских судов регулируется законодательством Кыргызской Республики.

Та же лояльность и симпатия законодателя проявляются и в отношении третейских соглашений, это, в частности, выражается в допустимости разнообразных форм и способов заключения третейского соглашения, строгих подходах к недействительности соглашения, признании основных принципов, затрагивающих третейское соглашение (автономность арбитражного соглашения, принцип «компетенции-компетенции» и др.).

В настоящей статье будет проведен анализ законодательных подходов, практики Международного Третейского суда при Торгово-промышленной палате КР, а также судебной практики по вопросам, касающимся третейского соглашения. За более чем 15-летний срок активной работы третейского суда накоплено большое количество интересных и нестандартных ситуаций, связанных с толкованием содержания оговорки. Кроме того, в нашей практике периодически возникают вопросы по взаимодействию третейских судов и государственных судов по вопросам признания оговорки недействительной, а также прекращения судебного производства при наличии третейского соглашения, которыми мы решили поделиться в рамках данной публикации.

1. Понятие и виды третейских соглашений: законодательные подходы

Говоря языком великого Уильяма Шекспира, третейское соглашение – это «Be-all and the end-all»¹. Оно играет системообразующую роль для всего третейского разбирательства², является предпосылкой возникновения процессуальных правоотношений между субъектами третейского разбирательства.

Понятие третейского соглашения содержится в ст. 2 Закона о третейских судах, которая определяет его как соглашение сторон о передаче спора на рассмотрение третейскому суду.

В основе третейского соглашения лежит *принцип свободы договоров* и *автономия воли его участников*. Заклучая

¹ Пер.: Начало и конец всего (У. Шекспир «Макбет»).

² См.: Курочкин С.А. Третейское разбирательство гражданских дел в Российской Федерации: теория и практика. М.: Волтерс Клувер, 2007. С. 147.

третейское соглашение, стороны добровольно принимают самоограничения.

Третейское соглашение имеет двойственную природу. Ему свойственны как *материально-правовые*, так и *процессуально-правовые* признаки. Это проявляется в том, что, с одной стороны, третейское соглашение относится к сфере частного права, с другой – заключение третейского соглашения влечет процессуальные последствия, а именно изменение подведомственности спора.

Третейское соглашение одновременно обладает *пророгационным* (подчинение спора юрисдикции негосударственного органа (третейского суда) и *дерогационным* (исключает спор из юрисдикции государственных судов) эффектом.

Третейское соглашение наделено свойством автономности (доктрина автономности третейского соглашения). Несмотря на то, что третейское соглашение заключается с целью обеспечения защиты прав участников основного материально-правового договора и, как правило, сопутствует такому материально-правовому договору, вместе с тем оно независимо от этого договора.

Важнейшими последствиями теории автономности третейского соглашения являются следующие:

– признание недействительным основного материально-правового договора само по себе не влечет недействительности третейского соглашения и наоборот;

– даже если между сторонами возникнет спор относительно договора, который содержит третейскую оговорку, он подлежит разрешению третейским судом;

– возможность выбора иного применимого права к третейской оговорке, чем применимое право к основному договору;

– независимость действий, которые направлены на исполнение сделки от действий, которые направлены на рассмотрение спора в третейском суде;

– с утратой силы основного договора третейская оговорка не прекращает свое действие, если стороны не предусмотрели иного¹.

¹ Рожкова М.А., Елисеев Н.Г., Скворцов О.Ю. Договорное право: соглашения о подсудности, международной подсудности, примирительной процедуре, арбитражное (третейское) и мировое соглашения. М.: Статут, 2008. С.214-323.

Автономность третейского соглашения нашла свое отражение, к примеру, в Регламенте Международного Третейского суда при Торгово-промышленной палате КР (далее – МТС ТПП): «Третейское соглашение признается имеющим юридическую силу независимо от действительности договора, частью которого оно является» (п. 3.2 ст. 3).

Практика МТС ТПП не раз подтверждала именно такое понимание третейского соглашения. Так, по одному из дел, по спору о взыскании оплаты по договору поставки, ответчик возражал против удовлетворения иска со ссылкой на недействительность третейского соглашения из-за окончания срока действия договора, в связи с чем возможность рассмотрения дела третейским судом якобы была утрачена. Третейский суд признал доводы ответчика неправомерными в силу автономного характера третейского соглашения и независимости его от других условий договора.

В зависимости от способа оформления третейского соглашения Закон о третейских судах (ст. 7) называет следующие виды третейских соглашений:

– *арбитражную оговорку* в договоре, которая является его составной частью;

– *третейское соглашение*, заключенное в виде отдельного самостоятельного договора.

На подобное деление третейских соглашений указано и в 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. Третейское соглашение может быть оформлено и *отдельным соглашением*. Условия и порядок заключения третейского соглашения предусматриваются соответствующим законом»¹.

Выбор способа оформления третейского соглашения не влияет на его юридическую значимость. И третейское соглашение, и арбитражная оговорка являются легальными и влекут одинаковые правовые последствия.

¹ Закон КР от 12 марта 2005 года №49 «О залоге» // Эркинтоо. 2005. 18 марта, №23.

2. Форма и способы заключения третейского соглашения

Законом установлена обязательная простая письменная форма третейского соглашения под страхом его недействительности (п. 4 ст. 7 Закона о третейских судах).

Строгость норм о форме третейского соглашения и последствиях ее несоблюдения обусловлена *его дерогационной природой*. Так как, заключая третейское соглашение, стороны добровольно отказываются от осуществления права на судебную защиту, направленная на это воля сторон должна быть точно и недвусмысленно выражена.

Между тем законодательство некоторых стран (например, Швеции) не требует обязательной письменной формы третейского соглашения. На это указывают положения Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже, которая признает арбитражным соглашением письменное соглашение или оговорку в письменном договоре, а в отношениях между государствами, в которых ни один из законов не требует письменной формы для арбитражного соглашения, – *всякое соглашение, заключенное в форме, разрешенной этими законами*¹.

Третейское 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.

Таким образом, в законодательстве КР нет требований об обязательности составления третейского соглашения в виде одного документа, подписанного сторонами, как нет и запретов на заключение третейских соглашений в форме договора присоединения, которые предусмотрены законодательством некоторых государств региона².

¹ Статья 1 Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже (Женева, 21 апреля 1961 г.) // СПС Токтом-юрист.

² Такие ограничения предусмотрены, к примеру, ст. 4 Закона Республики Таджикистан от 5 января 2008 года №344 «О третейских судах» // СПС Токтом-юрист.

Возможность заключения третейского соглашения путем обмена письмами прямо допускается и международными правовыми актами. Так, в ст. 2 Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений устанавливается, что термин «письменное соглашение» включает арбитражную оговорку в договоре или арбитражное *соглашение, подписанное сторонами* или содержащееся в *обмене письмами или телеграммами*.

Гибкость отечественного закона по отношению к способам заключения третейского соглашения проявляется также в возможности так называемого *отсылочного способа заключения договора*. В соответствии со ст. 7 Закона о третейских судах 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.

Тем самым законодательством была воспринята рекомендация, которая содержится в ст. 7 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже о том, что «ссылка в соглашении на документ, содержащий арбитражную оговорку, является арбитражным соглашением при условии, что соглашение заключено в письменной форме и эта ссылка является таковой, что делает указанную оговорку частью соглашения».

На практике наиболее часто с отсылочным способом заключения третейских соглашений третейский суд сталкивается по спорам, вытекающим из контрактов, заключенных по результатам тендеров или для реализации кредита на развитие. Как правило, в общих условиях контракта содержится отсылка к другому документу – специальным условиям контракта, которые регламентируют порядок рассмотрения споров, включая выбор арбитражного института.

С другой стороны, третейский суд не склонен рассматривать в качестве отсылочного способа заключения договора случаи, когда в одном договоре, наряду с тем, что порядок разрешения споров определен общим образом: «в порядке, установленном действующим законодательством Кыргызской Республики» указано, что он является составной частью другого договора, в котором арбитражная оговорка

присутствует. Тот факт, что стороны специально оговорили в первом договоре порядок разрешения споров, пусть даже в виде общей отсылки к законодательству, не позволяет распространить на него действие арбитражной оговорки второго договора. Отсылка к порядку, установленному законодательством, также не может считаться отсылкой к третейскому разбирательству, поскольку такая воля должна быть выражена прямо и недвусмысленно. Общий порядок разрешения споров – это порядок, установленный гражданским процессуальным законодательством¹.

Закон о третейских судах не предусматривает возможности заключения третейского соглашения путем *совершения конклюдентных действий*, свидетельствующих о согласии на основной договор. Поэтому совершение лицом, получившим оферту, включающую третейскую оговорку, действий по выполнению указанных в оферте условий договора (отгрузка товаров, предоставление услуг, выполнение работ, уплата соответствующей суммы и т.д.) считается акцептом только по основному договору. Третейское соглашение считается заключенным не может.

На практике встает вопрос о допустимости заключения третейского соглашения путем подачи искового заявления и отзыва на иск. Представляется, что в данном случае можно утверждать о наличии третейского соглашения, поскольку происходит обмен письменными документами, подписанными сторонами, что допускается ст. 7 Закона о третейских судах. В совокупности иск и отзыв на иск свидетельствуют о согласии сторон подчинить себя юрисдикции третейского суда и о наличии между ними третейского соглашения.

Данный подход согласуется с международной практикой. Так, Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже также рассматривает арбитражную оговорку (соглашение) заключенной, если стороны обменялись исковым заявлением и отзывом на исковое заявление (ст. 7).

Приведем один из примеров из практики МТС ТПП по этому вопросу, демонстрирующий благоприятствующий

¹ Однако стороны вправе преодолеть указанные неточности в оговорке и уже после возникновения спора прийти к соглашению о его рассмотрении в третейском суде, что и было сделано в этом конкретном случае. Ответчик подтвердил компетенцию третейского суда.

подход третейского суда к проблеме оформления третейского соглашения путем обмена документами.

Истец обратился в третейский суд с требованием о взыскании задолженности по договору. Третейской оговоркой установлен следующий механизм по разрешению споров: «В случае возникновения споров и разногласий между Покупателем и Поставщиком споры разрешаются в судебном порядке по Правилам Арбитража Международной Торговой Палаты одним или более судьями в соответствии с вышеуказанными правилами». В исковом заявлении Истец просит третейский суд провести судебное разбирательство по ускоренному регламенту в составе трех арбитров и избирает основного и запасного арбитров. Ответчик в письме, адресованном третейскому суду, на основании положений ускоренного регламента со своей стороны также избрал основного и запасного арбитров. Позднее ответчиком был назначен представитель для участия в третейском разбирательстве, были поданы возражения на исковое заявление по существу исковых требований, осуществлялось участие в нескольких заседаниях третейского суда с заявлением ходатайств процессуального характера.

Когда же в ходе третейского разбирательства со стороны ответчика поступило заявление, в котором он просил прекратить третейское разбирательство ввиду отсутствия компетенции третейского суда рассматривать данное дело, третейский суд отказал в его удовлетворении, поскольку совокупность представленных сторонами документов, а именно: арбитражная оговорка, свидетельствующая о намерении рассматривать споры в арбитраже, исковое заявление, с определением существа требований и процессуальных вопросов рассмотрения спора (выбор третейского института, регламента, количества арбитров), письмо ответчика, подтверждающее данный выбор, а также поданное им возражение на исковое заявление по существу исковых требований в совокупности свидетельствовали о достижении сторонами взаимного соглашения о передаче спора на разрешение третейского суда, несмотря на некоторую уязвимость самой оговорки. Иными словами, обмен сторонами письменными документами позволил зафиксировать волю сторон на рассмотрение спора в третейском суде.

3. Содержание третейского соглашения

Содержание третейского соглашения, как известно, составляют его условия. Они, в свою очередь, делятся на обязательные и факультативные.

Третейское соглашение должно содержать положение о том, что любой спор, разногласие или требование, возникающие из спора между сторонами, подлежит рассмотрению в третейском суде, а также наименование третейского суда, который должен рассмотреть возникший спор (п. 3 ст. 7 Закона о третейских судах).

Таким образом, *обязательными условиями* третейского соглашения являются:

- указание на спор, разногласие или требование, подлежащие рассмотрению в третейском суде;
- намерение сторон передать спор на рассмотрение третейского суда;
- наименование третейского суда.

Согласно ст. 7 Закона о третейских судах 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.

Таким образом, в третейском соглашении, прежде всего, устанавливается круг споров, передаваемых на рассмотрение третейскому суду. Третейское соглашение может охватывать как существующие споры, если третейское соглашение заключается после возникновения спора (т.н. *третейская запись*), так и возможные в будущем, если третейское соглашение заключено на перспективу.

В законодательстве Кыргызской Республики установлены лишь самые общие критерии споров, в отношении которых может быть заключено третейское соглашение и которые допустимы к разрешению третейскими судами. Так, в Конституции Кыргызской Республики сказано, что третейскому суду подведомственны споры, *возникающие из гражданских правоотношений*¹. Статья 7 Закона о третейских судах, как было указано выше, устанавливает, что это могут

¹ Статья 58 Конституции Кыргызской Республики.

быть споры, возникающие в связи с гражданскими правоотношениями, что, к слову, несколько шире конституционной формулы.

Это так называемый принцип общего дозволения: третейскому суду подведомственны все гражданско-правовые споры, следовательно, третейское соглашение может быть заключено в отношении всех гражданских правовых отношений. Допустимость передачи спора третейскому суду и заключения третейского соглашения определяется отсутствием запрета, установленного законом.

Статьей 45 Закона о третейских судах предусмотрен перечень дел, которые не могут рассматриваться в третейских судах. К таковым относятся дела:

- о личных правах (о возмещении вреда, причиненного жизни или здоровью гражданина, о защите чести, достоинства и деловой репутации, личных и неимущественных отношениях, возникающих в семье);

- соприкасающиеся с государственными интересами (по жалобам на постановления и иные действия (бездействия, отказ в совершении действия) судебного исполнителя, дела особого производства);

- споры, в отношении которых законом установлена невозможность их передачи на разрешение третейского суда (например, дела о банкротстве, несмотря на то, что они могут иметь частноправовой характер; семейные споры, споры с участием социально незащищенных лиц).

Следовательно, не могут быть изъяты из компетенции третейских судов споры, на основании *иных, помимо законов, нормативных правовых актов*. К примеру, противоречащим ст. 45 Закона о третейских судах является постановление Правления Национального банка КР от 24 июня 2015 года №35/10, запрещающее включение в договоры и соглашения арбитражной (третейской) оговорки об обращении взыскания на предмет залога, поскольку этот запрет вводится подзаконным актом¹.

¹ Положение о минимальных требованиях к порядку предоставления финансовых услуг и рассмотрения обращений потребителей (утверждено постановлением Правления Национального банка КР от 24 июня 2015 года №35/10). Изменения внесены постановлением Правления Национального банка КР от 24 августа 2016 года №35/3.

Таким образом, третейскому суду могут быть переданы гражданские правовые споры, если *законом* не установлены изъятия.

Пределы третейского соглашения могут быть установлены и самим третейским соглашением. Например, в практике МТС ТПП встречалась третейская оговорка, в которой стороны определили, что «при невозможности разрешения споров путем переговоров, любой спор или претензия, *возникающие в связи с исполнением настоящего контракта*, будут окончательно разрешаться МТС ТПП». Отсюда следует, что третейский суд не вправе рассматривать, скажем, требования о расторжении или о признании контракта недействительным, поскольку стороны добровольно ограничили круг споров, подлежащих разрешению в третейском суде.

Несмотря на то, что Закон о третейских судах не требует строгой конкретизации в третейском соглашении видов правоотношений, из которых возникает спор, подлежащий передаче третейскому суду, в третейском соглашении, касающемся будущих споров, заключаемом в виде самостоятельного документа, рекомендуется все же указать, какие именно спорные правоотношения подлежат передаче третейскому суду, поскольку соглашения, которые предусматривают передачу третейскому суду всех споров между сторонами (*генеральные третейские соглашения*), могут столкнуться с неоднозначной оценкой со стороны арбитров третейского суда и государственных судов.

Обязательным является и указание на *намерение* сторон передать спор на рассмотрение третейского суда. По этой причине может быть признано недействительным следующее третейское соглашение: «Все споры по настоящему договору *могут быть* рассмотрены третейским судом», поскольку в нем присутствует недосказанность относительно возможности разрешения спора путем арбитража. Фраза «могут быть» подразумевает наличие каких-то дополнительных условий (например, инициатива одной из сторон либо заключение дополнительного соглашения), при наступлении которых вопрос получит определенность.

Неоднозначность намерений толкуется судами не в пользу третейского соглашения. По одному из дел в договоре со-

держалась оговорка, согласно которой при недостижении взаимоприемлемого решения путем переговоров соответствующий спор подлежит разрешению на усмотрение стороны – истца в Арбитраже, расположенном в городе Копенгагене (Дания) по его процедурным правилам, применяя материальное и процессуальное право Дании. Суд же не усмотрел в этой оговорке «прямого указания на обязательность рассмотрения любого спора, возникшего между сторонами в Арбитраже города Копенгагена». По мнению суда, предусмотренное в оговорке усмотрение стороны не согласуется со ст. 7 Закона о третейских судах, которое требует прямого указания на рассмотрение спора третейским судом¹.

Рискованным является и использование т.н. *комбинированных* или *альтернативных третейских соглашений*, которые могут быть расценены как отсутствие окончательного соглашения сторон относительно передачи спора на рассмотрение третейскому суду: «Все споры по настоящему контракту рассматриваются путем *арбитража или в государственных судах* в соответствии с их компетенцией»².

Считается, что риски снижаются, если стороны в третейском соглашении устанавливают порядок определения органа по разрешению спора: «Все споры по настоящему контракту рассматриваются *по выбору истца* путем *арбитража или в государственных судах* в соответствии с их компетенцией»³. При этом практика международного коммерческого арбитража весьма настороженно относится к альтернативным арбитражным соглашениям, в которых право выбора предоставляется лишь одной стороне, осо-

¹ Постановление судебной коллегии по административным и экономическим делам ВС КР от 22 сентября 2008 года по делу №ЭД-450/08МБ (О жалобе ОсОО «КАТЕЛ» на определение Межрайонного суда города Бишкека от 16 июня 2008 года, которым в удовлетворении ходатайства ОсОО «КАТЕЛ» о прекращении производства по делу отказано и на определение судебной коллегии по административным и экономическим делам Бишкекского городского суда от 3 июля 2008 года, оставившего без изменения определение Межрайонного суда города Бишкека от 16 июня 2008 года, а частную жалобу ОсОО «КАТЕЛ» – без удовлетворения) // СПС Токтом-юрист.

² *Хвалей В.* Как убить арбитражное соглашение // Третейский суд. 2003. №5. С. 54.

³ Там же.

бенно если она находится в экономически более сильной позиции (т.н. *асимметричные арбитражные оговорки*)¹.

В МТС ТПП такие случаи встречаются не часто, однако, на заре становления арбитража банки практиковали альтернативные оговорки по спорам с заемщиками, предоставляя самому банку возможность выбора между арбитражем либо государственным судом. При этом сам третейский суд относился тогда к таким оговоркам достаточно терпимо, не акцентируя внимание на равенстве сторон, добросовестности и взаимности договорных условий.

Другим обязательным условием третейского соглашения является наименование третейского суда. Отсутствие в третейском соглашении сведений о *наименовании третейского суда* влечет *недействительность третейского соглашения*. Это означает, что оно не влечет юридических последствий. Следовательно, споры между сторонами будут рассматриваться в порядке, предусмотренном процессуальным законодательством.

В то же время *неточность в наименовании третейского суда* еще не влечет недействительность третейского соглашения. Она может быть обусловлена сменой наименования, реорганизацией третейского суда, которая дает возможность установить правопреемника, а следовательно, реализовать волю сторон (например, МТС ТПП ранее именовался Международный третейский суд (Кыргызская Республика, г. Бишкек).

Кроме того, при неточности в наименовании третейского суда, вопрос о наличии третейского соглашения может быть решен с учетом надлежащей правовой оценки других обстоятельств дела, которые могут свидетельствовать о наличии в действиях лица воли на участие в третейском разбирательстве. Если стороны участвовали в третейском разбирательстве, совершая процессуальные действия, подавали документы, заявляли свои возражения, не опротестовывая третейское соглашение и юрисдикцию третейского суда, компетенция данного третейского суда считается обоснованной.

В целом же в практике третейских судов сохраняется

¹ Зенькович Д.И. Асимметричные арбитражные соглашения в России и за рубежом (DOI: 10.7256/2226-6305.2013.4.10408) // http://www.nbpublish.com/library_get_pdf.php?id=26848.

тенденция *расширительного толкования* третейских соглашений с неточным наименованием третейского суда в пользу наличия собственной компетенции. Она основана, прежде всего, на том, что подобные третейские соглашения указывают на намерение сторон разрешить спор посредством процедуры третейского разбирательства, а не путем обращения в государственный суд, и третейский суд в этом случае поддерживает волю сторон.

Однако встречаются оговорки, где неточность, допущенная в наименовании третейского суда, может оказаться фатальной. Речь идет, прежде всего, об оговорках, заключенных между субъектами разных юрисдикций. Например, в Российской Федерации сохранилась система арбитражных судов, в связи с чем, указание в третейском соглашении, заключенном с участием субъектов Российской Федерации, на арбитражный суд может оказаться весьма двусмысленным и потребовать толкования.

Так, между истцом (Республика Казахстан) и ответчиком (Российская Федерация) заключен договор поставки со следующей арбитражной оговоркой: «Все споры и разногласия, которые могут возникнуть из настоящего Контракта или по его поводу, Стороны будут стремиться разрешать путем переговоров. В случае если Стороны не разрешат спор путем переговоров, то спор подлежит передаче на разрешение в *Арбитражный суд по месту нахождения истца* в соответствии с его Регламентом, на русском языке. При рассмотрении разногласий и споров по настоящему Контракту в избранном сторонами Арбитражном суде, применимым правом будет являться действующее законодательство РФ».

Из содержания данной арбитражной оговорки, предусмотренной договором, следует намерение сторон передать спор на разрешение третейскому суду. Состав арбитража считает, что стороны имели в виду третейский суд (арбитраж), а не государственный арбитраж, поскольку государственные арбитражные суды действуют только в Российской Федерации, являющейся местонахождением ответчика. Допуская выбор сторон в пользу государственных арбитражных судов, третейский суд тем самым должен был бы согласиться с тем, что истец заранее отказалась от осуществления права выбора места рассмотрения спора, что со всей очевидностью не следует из тек-

ста арбитражной оговорки. Второе, арбитражная оговорка содержит ссылку на Регламент Арбитражного суда в качестве применимых правил для рассмотрения спора, который присущ системе третейских, а не государственных судов¹.

Встречаются и другие нестандартные ситуации в отношении арбитражных оговорок. Так, в договоре подряда была предусмотрена следующая арбитражная оговорка: «Все споры, разногласия или требования, возникшие из настоящего договора или касающиеся его, либо его нарушения, прекращения или недействительности, должны быть урегулированы сторонами путем переговоров... Любой спор, разногласие или требование, возникающие из спора между Сторонами, подлежит рассмотрению в МТС ТПП в соответствии с Регламентом МТС ТПП...».

Позднее сторонами было подписано соглашение о прекращении договора подряда, по условиям которого заказчик обязался вернуть подрядчику аванс. Соглашение о прекращении договора подряда не содержало арбитражной оговорки. Заказчик обратился в МТС ТПП с иском о возврате аванса. Третейский суд пришел к выводу, что на указанные правоотношения распространяет свое действие арбитражная оговорка, содержащаяся в договоре подряда. Она свидетельствует о том, что между сторонами существует письменное соглашение о передаче в МТС ТПП споров, вытекающих из вышеуказанного договора подряда, а также касающихся его нарушения или прекращения. Заявлений о недействительности третейского соглашения в третейский суд не поступало. С другой стороны, спор между истцом и ответчиком возник из договора подряда и касается его прекращения по причине нарушения обязательств по нему.

Этот пример поднимает другой вопрос более общего характера о праве на существование арбитражной оговорки, *подразумеваемой в силу взаимосвязи контрактов*. Иными словами, может ли арбитражная оговорка, включенная в

¹ Вместе с тем, наряду с признанием того, что стороны намеревались передать рассмотрение спора третейскому суду, данный спор не был принят к производству МТС ТПП, поскольку в оговорке не был назван арбитражный институт, который избрали стороны, как того требует ст.7 Закона о третейских судах. В настоящее время в Кыргызской Республике действуют три институциональных третейских суда.

один из контрактов, быть распространена на другой взаимосвязанный с ним контракт, например, может ли оговорка, включенная в кредитный договор, быть распространена и на договор залога либо оговорка, присутствующая в договоре залога и распространена на соглашение о внесудебной реализации? Полагаем, что ответ может быть положительным только при наличии соответствующего намерения сторон. Сторона, оспаривающая юрисдикцию арбитража, должна опровергнуть презумпцию.

Проиллюстрируем это на очередном примере из практики МТС ТПП. Истец (принципал) предъявил требование к банку (гаранту) о признании недействительным договора о выдаче банковской гарантии, а позднее и самой гарантии по причине истечения срока, на который она выдана. В банковской гарантии арбитражная оговорка отсутствовала.

Третейский суд в силу п. 1 ст. 14 Закона КР «О третейских судах КР» признал собственную компетенцию по рассмотрению спора, вытекающего из требования о признании банковской гарантии недействительной, по следующим основаниям. Банковская гарантия как одностороннее обязательство гаранта перед бенифициаром не может содержать третейского соглашения о передаче споров между гарантом и принципалом, поскольку она сама по себе не является соглашением. При этом арбитражная оговорка, предусмотренная в договоре о предоставлении банковской гарантии, предполагающая передачу *любых споров, возникающих из него* на рассмотрение в МТС ТПП, распространяет свое действие и на банковскую гарантию, поскольку срок действия банковской гарантии, истечение которого, по мнению истца (принципала), служит основанием для признания ее недействительной, предусмотрен в договоре о предоставлении банковской гарантии. Ответчик не заявлял об обстоятельствах, которые являлись бы основанием для признания того, что третейское соглашение отсутствует или недействительно (так называемое *право на возражение*, предусмотренное п. 2 ст. 14 и ст. 15 Закона КР «О третейских судах в КР»). В отзыве на исковое заявление ответчик (гарант) представил доводы по существу спора, в том числе возражения в части признания банковской гарантии недействительной, что в совокупности может рассматриваться как достигнутое сторонами спора третейское

соглашение, заключенное путем обмена письменными документами – исковым заявлением и отзывом на иск (п. 2 ст.7 Закона «О третейских судах»).

К числу *факультативных условий* третейского соглашения законодательство КР относит условия о числе арбитров, месте третейского разбирательства, языке третейского разбирательства, применимом праве, применимых правилах, сроке рассмотрения спора; правилах третейского разбирательства; квалификации арбитра.

О необязательности этих условий свидетельствует используемая в Законе о третейских судах в отношении них формула *«могут содержаться»*. Включение таких условий в третейское соглашение желательно во избежание неопределенности по данным вопросам, однако их отсутствие восполняется нормами законодательства и применимых правил третейского суда. В практике третейского суда необходимость согласования факультативных условий наиболее часто возникает по вопросам определения количества арбитров, выбора применимых правил, а также языка третейского разбирательства.

Во избежание споров по толкованию третейского соглашения третейские суды, как правило, предлагают собственную рекомендуемую арбитражную оговорку. Так, Международный Третейский суд при Торгово-промышленной палате Кыргызской Республики рекомендует следующую типовую оговорку:

«Любые споры, разногласия, требования или претензии, возникающие из настоящего контракта (договора, соглашения) или в связи с ним, либо вытекающие из него, в том числе касающиеся его исполнения, нарушения, прекращения, расторжения или недействительности, подлежат разрешению в Международном Третейском суде при Торгово-промышленной палате Кыргызской Республики в соответствии с Регламентом (Ускоренным Регламентом) Международного Третейского суда при Торгово-промышленной палате Кыргызской Республики тремя арбитрами (вариант – одним арбитром), избранными в соответствии с этим Регламентом. Применимым материальным правом, в соответствии с которым будет рассматриваться спор, является законодательство Кыргызской Республики (вариант – законодательство другой страны). Третейское разбирательство долж-

но проводиться на русском языке (Стороны вправе предусмотреть иной язык третейского разбирательства). Решение Третейского суда является окончательным»¹.

4. Толкование третейского соглашения и его недействительность

В отечественной практике довольно часто встает вопрос о действительности третейского соглашения. В этой связи наиболее важным представляется установить основания для недействительности третейского соглашения и орган, уполномоченный рассматривать такие споры.

Как отмечается в литературе, основаниями недействительности третейского соглашения могут служить:

- порок воли при заключении третейского соглашения (обман, заблуждение, насилие);
- совершение третейского соглашения лицом, не обладающим необходимой право- и дееспособностью;
- несоблюдение установленной законом формы третейского соглашения;
- отсутствие обязательных условий третейского соглашения;
- заключение по вопросам, которые не могут являться предметом третейского разбирательства².

Согласно ст. 14 Закона Кыргызской Республики «О третейских судах в Кыргызской Республике» третейский суд самостоятельно решает вопросы о наличии или действительности третейского соглашения и своей компетенции по рассмотрению конкретного спора (*доктрина компетенции-компетенции*).

Вопрос о недействительности третейского соглашения может быть поставлен сторонами до начала рассмотрения спора по существу. При этом назначение арбитра или участие в назначении арбитра не лишает сторону права такое заявление делать. По вопросу о действительности третейского соглашения третейский суд выносит определение. В случае признания третейского соглашения недействитель-

¹ http://www.arbitr.kg/web/index.php?act=view_material&id=13.

² Хвалей В. Как убить арбитражное соглашение // Третейский суд. 2003. №5. С. 48.

ным сторонам высылаются определение вместе с полученными от них материалами.

Государственный суд также может столкнуться с вопросом о недействительности третейского соглашения в двух случаях: при принятии искового заявления либо при выдаче исполнительного листа на исполнение решения третейского суда.

В первом случае 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 (ст. 137 ГПК).

Обращает на себя внимание, что в данной статье не указано, что проверка действительности третейского соглашения является компетенцией суда. Кроме того, недействительность третейского соглашения здесь упомянута как установленный факт, а не обстоятельство, подлежащее установлению. Действительно, на стадии принятия искового заявления к производству было бы невозможно принять такое решение.

С другой стороны, мнение, высказанное авторами комментария к ст. 135 ГПК Кыргызской Республики¹, о том, что суд, в который подан иск, при наличии третейского соглашения отказывает в принятии искового заявления за исключением случая, когда имеется *вступившее в законную силу решение местного суда* о признании недействительным третейского соглашения является крайне сомнительным², потому что допускает, что такое требование все же может быть заявлено в суде в качестве самостоятельного с принятием по нему решения.

В том, что суд отказывает в принятии искового заявления со ссылкой на третейское соглашение, несмотря на то, что одна из сторон его оспаривает, не может усматриваться нарушение гарантий права на судебную защиту. Суды, рассматривая споры о признании третейского соглашения недействительным, как правило, обосновывают это отноше-

¹ Старая редакция Гражданского процессуального кодекса, которая соответствует ст.137 действующей редакции ГПК.

² Научно-практический комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Кыргызской Республики. – Б., 2011. – С.228.

нием к третейскому соглашению как к обычной сделке, ссылаясь на отсутствие исключительной компетенции третейского суда на рассмотрение споров о недействительности третейского соглашения¹.

Арбитры же придерживаются подхода, при котором суд вправе решать вопрос о недействительности третейского соглашения только, если при подаче искового заявления в государственный суд истец предоставит очевидные, не требующие исследования в суде доказательства недействительности третейской оговорки, например, при указании в третейском соглашении на рассмотрение спора в третейском суде г. Бишкека тогда как в Бишкеке действуют два арбитражных института. Выписка из реестра юридических лиц о регистрации двух третейских судов, при отсутствии дополнительных договоренностей третейского суда, будет служить достаточным доказательством для суда о недействительности третейского соглашения².

Между тем обратные случаи все же встречаются в судебной практике. По одному из споров об оплате за поставку хлопкового волокна суд не принял возражения ответчиков о неподведомственности данного спора суду ввиду наличия в договоре на поставку арбитражной оговорки³. Оговорка предусматривала, что в случае, если между сторонами возникнут споры и разногласия, то они будут решаться путем переговоров, при недостижении соглашения спор рассма-

¹ Постановление судебной коллегии по административным и экономическим делам ВС КР от 27 марта 2009 года по делу №ЭД-179/09-МЧ-С4 (О жалобе СМП «Электростроймонтажсетъ» о пересмотре в порядке надзора определения судебной коллегии по административным и экономическим делам Чуйского областного суда от 18 декабря 2008 года)// СПС Токтом-юрист.

² *Галлямова Н.С.* Компетенция на признание арбитражной оговорки недействительной // Третейское разбирательство в Кыргызской Республике: современные вызовы и пути решения. – Б.:Турар, 2017. – С.73.

³ Постановление судебной коллегии по административным и экономическим делам Верховного Суда КР от 28 мая 2007 года по делу №ЭД-000342/06.МД (О надзорной жалобе ОсОО «ГЛОБАЛ ТЕКС» на апелляционное решение судебной коллегии по административным и экономическим делам Жалалабадского областного суда от 28 февраля 2007 года по делу по иску ОсОО «ГЛОБАЛ ТЕКС» к ОсОО «Юнисел Коттон Рефайнери» о взыскании задолженности) // СПС Токтом-юрист.

тривается в квалифицированном арбитражном суде при Ливерпульской Хлопковой Ассоциации, согласно его правилам. Суд посчитал недействительной данную арбитражную оговорку как несоответствующую требованиям п. 3 ст. 7 Закона о третейских судах. Однако из текста оговорки явствует как воля сторон передать спор на рассмотрение арбитража, так и присутствует наименование самого третейского суда специальной компетенции – арбитражный суд Ливерпульской Хлопковой Ассоциации. Поэтому ни оценка судом содержания оговорки, ни чрезмерная активность суда вопреки положениям ст. 14 Закона о третейских судах и ГПК не может восприниматься в качестве приемлемой.

Статья 5 Закона о третейских судах, как и ГПК, также предписывает компетентному суду, в который подан иск по вопросу, являющемуся предметом третейского соглашения, отказать в принятии искового заявления либо оставить иск без рассмотрения, либо прекратить производство по делу при обнаружении фактов, подтверждающих наличие третейского соглашения, в том числе и при поступлении сообщения об этом от любой из сторон. Указанная статья также не дает права компетентному суду самому учинять проверку действительности третейского соглашения.

Суд вправе давать оценку действительности третейского соглашения при рассмотрении заявления о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда. В этом случае суд вправе отказать в выдаче исполнительного листа при условии, если сторона обоснованно заявила о недействительности третейского соглашения, а третейский суд принял спор к рассмотрению и вынес решение по существу спора (ст. 421 ГПК).

Таким образом, для того, чтобы сторона, не согласная с решением третейского суда, могла воспользоваться своим правом на возражение против выдачи исполнительного листа по данному основанию, она должна была заявить о недействительности третейского соглашения во время третейского разбирательства. В противном случае, в силу ст. 15 Закона о третейских судах (*право на возражение*), эта сторона лишается права заявлять такое возражение в будущем.

А вот совершенно неприемлемый подход, который применил суд при оценке третейского соглашения. ТОО (Респу-

блика Казахстан) обратилось в суд с требованием о признании арбитражной оговорки, содержащейся в договоре залога, недействительной¹. В обоснование своих требований истец указал, что между ЗАО (Российская Федерация) и ОсОО (Кыргызская Республика) был заключен договор займа. В обеспечение займа между ЗАО и ТОО заключен договор залога, согласно которому все споры и разногласия, возникающие между сторонами, будут по возможности решаться путем переговоров. В противном случае спор подлежит передаче для рассмотрения в Третейский суд в соответствии с регламентом, одним арбитром, избранным в соответствии с этим регламентом.

По мнению истца, поддержанному судом, основанием для признания оговорки недействительной является тот факт, что она не конкретизирует спор, который может быть передан на рассмотрение третейского суда, а лишь содержит расширительный круг вопросов, который может быть передан на разрешение третейского суда. С точки зрения истца, в третейской оговорке должны быть указаны конкретные правоотношения, из которых может возникнуть спор, но никак не «любые возможные споры между сторонами данного договора». В противном случае такая третейская оговорка должна быть квалифицирована как отказ от обращения в суд, который, согласно закону, недействителен. В этой связи третейское соглашение недействительно в силу ст. 185 Гражданского кодекса Кыргызской Республики (Недействительность сделки, не соответствующей закону).

Суд со ссылкой на ст. 7 Закона о третейских судах, согласно которой третейское соглашение должно содержать положение о том, что любой спор, разногласие или требование, возникающее из спора между сторонами, подлежит рассмотрению в третейском суде, согласился с доводами истца и признал третейскую оговорку недействительной.

С такой позицией нельзя согласиться, поскольку закон не устанавливает обязательного требования о конкретизации спора. Это право сторон. И статья, на которую сослался

¹ Решение Межрайонного суда г.Бишкека от 29 июля 2019 года по исковому заявлению ТОО «Алвик ЭКО» к ОсОО «TURAN METAL», ЗАО «Совместный капитал» о признании недействительной третейской оговорки.

суд в обоснование своего решения, подтверждает эту позицию. Кроме того, заключение третейского соглашения в форме арбитражной оговорки, включенной в текст договора о залоге, не позволяет безгранично расширять предмет его регулирования: споры должны быть связаны с основным договором. И конечно, ключевой вопрос: можно ли заявлять требование о недействительности третейского соглашения при отсутствии спора по материальному правоотношению? Полагаем, что нет. И история дела из приведенного мною примера лишнее тому доказательство.

Наряду с признанием третейского соглашения недействительным в международном коммерческом арбитраже также выделяют случаи, когда упомянутое соглашение *утратило силу* (например, в связи с истечением срока или с наступлением определенных обстоятельств, указанных в самом соглашении) или *не может быть исполнено* (при наличии внутренних противоречий, указании на несуществующий арбитраж, указании только на то, что спор не разрешается судами и пр.) (ст. 2 Нью-Йоркской конвенции).

Третейские суды постоянно сталкиваются с необходимостью толкования третейских соглашений. При этом основополагающими являются следующие *принципы толкования*, выделяемые в специальной литературе¹:

– *принцип добросовестности* предполагает приоритет воли (истинных намерений сторон) в случае несовпадения воли и волеизъявления. При этом учитываются отношения и поведение сторон с момента подписания третейского соглашения до момента возникновения спора. К примеру, встречаются случаи, когда сторона в третейском разбирательстве заявляет о недействительности третейской оговорки. Между тем ранее она же ходатайствовала о прекращении производства по делу в государственном суде в связи с наличием третейского соглашения по спору между теми же сторонами из того же договора. Полагаем, что сторона, которая ранее при рассмотрении дела ссылалась на наличие третейского соглашения, не вправе позднее заявлять, что его не существует, только, если только с тех пор не изменились имеющие значения обстоятельства. Позиция сторон в

¹ Курочкин С. Международный коммерческий арбитраж и третейское разбирательство. М.: Инфотропик, 2013. С. 83-84.

противоречие с принципом добросовестности не должна получить правовой защиты;

– третейское соглашение должно толковаться как *единое целое*;

– *принцип эффективного толкования* состоит в том, что в случаях, когда третейское соглашение может быть интерпретировано в двух разных направлениях, толкование, обобщающее действительность третейского соглашения, будет иметь приоритет.

Вот как, к примеру, применил принцип эффективного толкования Верховный суд Австрии при толковании арбитражного соглашения в решении 1 Ob 126/00m от 28 ноября 2000 г.: «Если невозможно установить единодушную волю сторон, то следует подвергнуть положения договора, касающиеся арбитражного суда, разумному и содействующему цели соглашения толкованию. ...Если дословный смысл заявления допускает два равнозначных толкования, то *следует отдать предпочтение тому толкованию, которое благоприятствует действительности арбитражного соглашения*»¹;

– *принцип толкования contra proferentem* заключается в том, что формулировки, содержащиеся в третейском соглашении, должны толковаться против стороны, заявившей спор в отношении содержания третейского соглашения. Иллюстрацией действия этого принципа является дело, в котором третейская оговорка была представлена в виде «склеенных» типовой третейской оговорки МТС ТПП и общего условия о порядке разрешения споров в соответствии с законодательством. Ответчик ссылался на недействительность третейской оговорки. Истец пояснил, что в таком виде это условие появилось вследствие включения в текст основного договора третейской оговорки, в результате чего старое условие ошибочно не было исключено. Полагаем, что образовавшаяся двусмысленность при толковании условия договора, исходя из указанного принципа, должна разрешаться не в пользу ответчика, который, признавая факт

¹ Хегер Сюзанна. Арбитражное соглашение, его форма и содержание согласно австрийскому арбитражному законодательству и практике Австрийского Верховного суда // Вестник международного коммерческого арбитража. 2010. №2. С. 235-236.

внесения поправок, в то же самое время использует неопределенность как основание для своих возражений и требований.

Резюмируя, отметим, что определяющая роль третейского соглашения для всего процесса третейского разбирательства придает особую значимость правильному пониманию арбитрами, судьями, сторонами спора правовой природы третейского соглашения, включая его материально-процессуальный дуализм и автономность третейского соглашения относительно основного соглашения.

Действительные намерения сторон и объем третейского соглашения должны являться предметом истолкования арбитрами при решении вопроса о своей компетенции по рассмотрению спора. Основные принципы толкования, выработанные доктриной и воспринятые арбитражной практикой МТС ТПП, приведены в настоящей публикации.

Несмотря на многообразие видов третейского соглашения, общеприменимыми для всех случаев представляются навыки арбитра по оценке третейского соглашения на предмет действительности, исполнимости и действия его на момент рассмотрения спора. Для этого необходимо обращать внимание на форму третейского соглашения, способ его заключения, наличие обязательных условий третейского соглашения, а именно указание на спор, разногласие или требование, подлежащее рассмотрению в третейском суде, намерение сторон передать спор на рассмотрение третейского суда и наименование третейского суда.

Как можно было убедиться из приведенного обзора, наиболее чувствительными вопросами, по которым третейский и государственный суд соприкасаются в отношении третейского соглашения, являются компетенция третейского суда и недействительность третейского соглашения. У них разная степень накала. Если случаи признания недействительными третейских соглашений государственными судами были более характерны лет десять назад, а сейчас составляют скорее исключение, чем общее правило, то вопросы о компетенции третейского суда рассматривать отдельные гражданско-правовые споры (например, вытекающие из залоговых правоотношений либо о недвижимости) только набирают обороты.

**АРБИТРАБЕЛЬНОСТЬ СПОРОВ, СВЯЗАННЫХ С
ГОСУДАРСТВЕННЫМ ОБОРОННЫМ ЗАКАЗОМ В
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ**

Летом 2018 года в российском правовом сообществе достигла своего апогея дискуссия об арбитрабельности споров о закупках отдельными видами юридических лиц¹, которая «кристаллизовалась» в Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 11.07.2018 №305-ЭС17-7240 по делу №А40-165680/2016 (далее – Определение №305-ЭС17-7240) и дальнейшее его обсуждение. Несмотря на признание арбитрабельности споров о закупках, кассационные суды воспользовались «лазейкой» публичного порядка для отмены решений по таким спорам².

Как известно, возможность спора быть рассмотренным арбитражем называют арбитрабельностью (точнее говоря – объективной арбитрабельностью)³. Ключевой критерий арбитрабельности – гражданско-правовой характер правоотношений, из которых возникает спор. Высший Арбитражный Суд РФ (далее – ВАС РФ) ввел категорию «условной арбитрабельности» в отношении споров из государственных закупок⁴.

В РФ есть и еще одна форма государственного заказа – государственный оборонный заказ (далее – ГОЗ), который регулируется отдельным Федеральным законом от 29.12.2012 №275-ФЗ «О государственном оборонном заказе» (далее – ФЗ о ГОЗ). Под ГОЗ понимаются установлен-

¹ Имеется в виду Федеральный закон от 18.07.2011 №223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» // Доступ из СПС «Консультант Плюс».

² См. *Скворцов О. Ю.* Спор о закупках и вопросы арбитрабельности: правовая неопределенность не преодолена? //Третейский суд. -2018. – №3 – 4. С. 25 -28.

³ *Минина А.И.* Объективная арбитрабельность в законодательстве, доктрине и арбитражной практике России // Актуальные проблемы российского права. 2014. №1. С.116.

⁴ Постановление Президиума ВАС РФ от 28.01.2014 №11535/13 по делу №А40-148581/12 // Доступ из СПС «Консультант Плюс».

ные нормативным правовым актом Правительства Российской Федерации задания на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для федеральных нужд *в целях обеспечения обороны и безопасности Российской Федерации*, а также поставки продукции в области военно-технического сотрудничества Российской Федерации с иностранными государствами в соответствии с международными обязательствами Российской Федерации¹.

В рамках ГОЗ существует два типа договоров: 1) *государственный контракт по государственному оборонному заказу* – договор, заключенный государственным заказчиком от имени Российской Федерации с головным исполнителем на поставки продукции по государственному оборонному заказу и предусматривающий обязательства сторон, их ответственность² и 2) *контракт* – договор, заключенный в письменной форме головным исполнителем с исполнителем или между исполнителями на поставки продукции, необходимой головному исполнителю, исполнителю для выполнения государственного оборонного заказа, и предусматривающий в том числе обязательства сторон и их ответственность³. Нигде по тексту ФЗ о ГОЗ указанные договоры не называются гражданско-правовыми, но при этом их гражданско-правовую природу можно вывести из системного толкования ст. 2 и ст. 15 ФЗ о ГОЗ. Также видится, что мы имеем дело с договорами подряда и субподряда, «замаскированными» с учетом специфики или же, например, с договорами поставки. Тем не менее отсутствие прямого указания на гражданско-правовую природу такого рода договоров порождает правовую неопределенность.

Летом 2018 года были рассмотрены кассационными инстанциями два схожих по существу спора о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решений третейских судов из спорных отношений, вытекающих из ФЗ о ГОЗ. Результатом явились диаметрально противополо-

¹ п.1 ст.3 Федерального закона от 29.12.2012 №275-ФЗ «О государственном оборонном заказе» //Доступ из СПС «Консультант Плюс».

² Пункт 6 ст. 3 Федерального закона от 29.12.2012 №275-ФЗ «О государственном оборонном заказе» //Доступ из СПС «Консультант Плюс».

³ Пункт 7 ст. 3 Федерального закона от 29.12.2012 №275-ФЗ «О государственном оборонном заказе» //Доступ из СПС «Консультант Плюс».

ложные решения. Камнем преткновения стала арбитрабельность споров из ФЗ о ГОЗ.

Спор между ООО «ВысотаСтрой» и ООО «СК Северо-Запад»

ООО «СК Северо-Запад» и ООО «Высотастрой» 26.08.2016 заключили договор №26/08-2016 на выполнение кровельных работ при реконструкции солдатской столовой войсковой части. Затем заключили третейское соглашение и возникший спор передали на рассмотрение арбитража *ad hoc*¹.

Суд первой инстанции пришел к выводу, что договор заключен по процедуре ФЗ о ГОЗ. Данный договор имеет публичную основу и преследует публичные интересы и направлен на достижение результата, необходимого для удовлетворения публичных нужд. Кроме того, суд первой инстанции спроецировал «условную арбитрабельность» государственных закупок на ГОЗ, при этом сослался на п. 2 ст. 16 Федерального закона от 05.04.2013 №44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее – ФЗ о контрактной системе), который, наоборот, отделяет отношения, возникающие в рамках ФЗ о ГОЗ, от отношений в рамках ФЗ о контрактной системе.

Суд первой инстанции указал, что факт расходования бюджетных средств в целях удовлетворения публичного интереса характеризует спорные отношения как отношения с публичным элементом, что влечет повышенный публичный (общественный) контроль за такими отношениями, который выражается в мониторинге, учете, аудите, позволяющем оценить законность, своевременность, эффективность, результативность, экономность понесенных расходов. Такое указание лишний раз свидетельствует о влиянии так называемой «концепции накопления (концентрации) общественно значимых публичных элементов», которая была сформиро-

¹ Далее по тексту используются цитаты из постановления Арбитражного Суда Северо-Западного округа от 27.07.2018 №Ф07-6769/2018 по делу №А05-830/2018 // Доступ из СПС «Консультант Плюс» (далее – Постановление АС СЗО).

рована ВАС РФ¹ и обсуждалась в российской литературе². При этом до сих пор остается неясным вопрос о количестве общественно значимых публичных элементов, при концентрации которых спор становится неарбитрабелен.

Отвергнув доводы ООО «ВысотаСтрой» о том, что ООО «СК Северо-Запад» не является государственным заказчиком, а заключенный договор не является государственным контрактом, суд первой инстанции в выдаче исполнительного листа отказал.

Решение суда первой инстанции было обжаловано в кассационную инстанцию. И можно сказать, что кассационная инстанция (АС Северо-Западного округа, далее – АС СЗО) встала на защиту арбитрабельности таких споров³. АС СЗО указал, что:

1. ФЗ о ГОЗ не устанавливает запрета на передачу споров в третейский суд.

2. Споры, возникающие из договоров, заключенных во исполнение, являются гражданско-правовыми. Соответственно, в целом гражданско-правовой характер носит спор между ООО «СК Северо-Запад» и ООО «Высотастрой».

3. Следовательно, к таким отношениям применимы общие нормы об арбитрабельности гражданско-правовых споров, пока федеральным законом не установлено иное.

Можно только поприветствовать ту логику и аргументацию, которую продемонстрировал АС СЗО и подтвердил арбитрабельность подобных споров.

¹ Постановление Президиума ВАС РФ от 28.01.2014 №11535/13 по делу №А40-148581/12 // Доступ из СПС «Консультант Плюс».

² Калинин М.С. Арбитрабельность споров в свете российской концепции «концентрации общественно значимых публичных элементов» // Новые горизонты международного арбитража: Сб.ст. Вып. 4/ Под науч. ред. А.В. Асоскова, А.И. Муранова, Р.М. Ходыкина. – М.: Ассоциация исследователей международного частного и сравнительного права, 2018 С.58 – 85; Скворцов О.Ю. Арбитрабельность споров о закупках: борьба классического цивилистического подхода и теории «накопления публичного элемента» //Третейский суд. – 2018. – №1 – 2. С. 130 -131.

³ Далее по тексту используются цитаты из постановления Арбитражного суда Северо-Западного округа от 27.07.2018 №Ф07-6769/2018 по делу №А05-830/2018 // Доступ из СПС «Консультант Плюс» (далее– Постановление АС СЗО).

Спор между ПАО «Уфимское моторостроительное производственное объединение» и ООО «Регионсервис»

Договор между ПАО «Уфимское моторостроительное производственное объединение» и ООО «Регионсервис», содержащий третейскую оговорку, заключался сторонами по правилам, установленным ФЗ о ГОЗ, в рамках кооперации головного исполнителя по государственному оборонному контракту.

Суд первой инстанции (Арбитражный суд Республики Башкортостан)¹ указал, что ни к одному из оснований, предусмотренных ч. 2 ст. 33 АПК РФ, рассмотренный третейским судом при государственной корпорации «Ростех» спор между двумя коммерческими организациями (акционерное общество и общество с ограниченной ответственностью) не относится. То есть соблюден критерий субъективной арбитрабельности (отсутствует публичный элемент – наличие публичного субъекта), при этом подобные ограничения арбитрабельности не содержатся в законе, а находятся, скорее, в сфере действия публичного порядка. Предметом спора являлся факт неисполнения одной из сторон обязательств по поставке товара, предусмотренных гражданско-правовым договором, отношения сторон по которому регулируются Гражданским кодексом Российской Федерации. Суд первой инстанции указал, что положения ФЗ о ГОЗ не содержат запрет на рассмотрение споров по поставке в третейском суде, а также нет указаний на исключительную подведомственность таких споров арбитражным судам. Любопытен и тот факт, что суд подчеркнул отсутствие бюджетного финансирования и тем самым отдал дань «концепции накопления общественно значимых публичных элементов», фактически признав, что в случае наличия бюджетного финансирования решение было бы неисполнимо и противоречило бы публичному порядку.

Кассационная инстанция (АС Уральского округа)² признала данную мотивировку ошибочной и привела по факту один, но весомый аргумент со следующей логикой: сред-

¹ Далее по тексту используются цитаты из определения Арбитражного суда Республики Башкортостан от 16.04.2018 по делу №А07-26685/2017.

² Далее по тексту используются цитаты из определения постановления Арбитражного суда Уральского округа от 02.08.2018 №Ф09-3607/18 по делу №А07-26685/2017.

ства на оплату поступали от государственного заказчика, значит, предполагается расходование бюджетных средств в целях удовлетворения публичных нужд и публичного интереса. Поэтому такие правоотношения должны быть полностью прозрачны и открыты для целей общественного контроля, вплоть до разрешения споров государственными судами. Следовательно, такие споры неарбитрабельны.

Выводы

Подводя итог, в первую очередь хочется процитировать классика отечественной цивилистики И.А. Покровского: «Разве не интересы государства как целого преследует государственное управление, заключая контракт о поставке провианта или обмундирования для армии, защищающей отечество. И тем не менее такой контракт, бесспорно, принадлежит к области права частного, а не публичного»¹. Кроме того, можно ли подвергать сомнению, что подрядчики, выполняющие работы, конечным бенефициаром которых является государство, могут быть каким-либо образом ограничены в своих взаимоотношениях и находиться вне действия частного права? Ответ очевиден: нет, не могут.

Данные судебные решения свидетельствуют о непринятии судами в случаях очевидно коммерческих споров некоего публичного элемента в виде «бюджетных средств» или споров, в которых задействованы бюджетные средства, неарбитрабельными и (или) противоречащими публичному порядку. Данный факт свидетельствует о том, что суды дистанцируют частноправовой способ разрешения споров подальше от бюджетных средств и в данном случае речь, скорее, идет о политических моментах, нежели о сугубо юридическом восприятии арбитрабельности таких споров. Кроме того, это порождает значительный риск неисполнимости решений третейских судов, обремененных «публичным элементом». Однако такие постановления, как Постановление АС СЗО, оставляют надежду на светлое будущее и возможность рассмотрения третейскими судами широкого круга споров, в том числе и споров с «публичными элементами».

¹ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. – 7-е изд., стереот. – М.: Статут, 2016. С.7.

РАСХОДЫ, СВЯЗАННЫЕ С РАЗРЕШЕНИЕМ СПОРА В АРБИТРАЖЕ

В соответствии с подпунктами 3), 6) п. 1 ст. 41 Закона Республики Казахстан от 8 апреля 2016 года «Об арбитраже», расходы, связанные с разрешением спора в арбитраже, включают суммы, подлежащие выплате экспертам и переводчикам, расходы на оплату услуг представителя стороной, в пользу которой состоялось арбитражное решение.

В настоящей статье приведены примеры из реальных споров, рассмотренных автором в качестве единоличного арбитра либо в составе арбитров арбитража при Торгово-промышленной палате РК, Арбитражного центра при Торгово-промышленной палате РК «Атамекен», Казахстанского Международного Арбитража, Международного арбитража «IUS».

1. При изучении материалов в порядке подготовки дела к слушанию арбитром было установлено, что поданное исковое заявление от имени акционерного общества «С» (Турецкая Республика) подписано Д.С., действующей на основании доверенности от С.К., полномочия которого, в свою очередь, определялись доверенностью АО «С», допускающей передоверие.

Согласно п. 2 ст. 169 ГК РК доверенность, по которой поверенный передает полномочия другому лицу, должна быть нотариально удостоверена, кроме случаев, предусмотренных пунктами 4 и 6 статьи 167 настоящего Кодекса.

Ранее председателем арбитража указанное исковое заявление уже оставлялось без движения; истцу поручалось представить надлежащим образом оформленную доверенность на представление интересов доверителя в данном арбитраже, а также доверенность на С.К.

В заявлении об устранении недостатков Д.С. указала, что ею представлена, в том числе, нотариально засвидетельствованная доверенность на её имя.

Однако арбитр установил, что из оттиска проставленного на доверенности штампа следует, что нотариус засвидетельствовал верность этой копии с подлинником документа.

В соответствии с подпунктами 1), 7) п. 1 ст. 34 Закона РК от 14 июля 1997 г. №155-І «О нотариате» нотариус совершает, в том числе, следующие нотариальные действия: удостоверяет сделки; свидетельствует верность копий документов и выписок из них.

На основании изложенного арбитр пришел к выводу, что требования п. 2 ст. 169 ГК РК вновь не соблюдены. Арбитр обратился с письмом к исполнительному директору арбитража рекомендовать истцу АО «С» обеспечить надлежащее оформление полномочий своего представителя (своих представителей), а также надлежащую подачу искового заявления в арбитраж.

В этой связи председатель арбитража определил: исковое заявление АО «С» оставить без движения; истцу представить надлежащим образом оформленную (нотариально удостоверенную) доверенность на представление интересов доверителя в арбитраже; истцу осуществить надлежащую подачу искового заявления в арбитраж.

2. В исковом заявлении представитель ТОО «ТТ» просил взыскать с ответчика ТОО «СПк» основной долг в размере 15 511 279,67 тенге, неустойку в размере 1 007 183 тенге, расходы по оплате помощи представителя – 1 100 000 тенге, а также расходы по оплате арбитражного сбора.

Как следовало из копии платежного поручения, при подаче искового заявления в арбитраж истцом были уплачены регистрационный сбор в размере 371 210 тенге и арбитражный сбор в размере 586 456 тенге.

В соответствии с Положением об арбитражных расходах и сборах, подлежащих уплате в качестве компенсации, являющемся неотъемлемой частью Регламента данного арбитража, регистрационный сбор – сбор, уплачиваемый при подаче искового заявления или при подаче ходатайства об обеспечении какого-либо требования, который покрывает часть расходов, возникающих до начала арбитражного разбирательства. Арбитражный сбор – сбор, обеспечивающий покрытие расходов, связанных с арбитражным разбирательством.

Своим решением арбитр удовлетворил частично искимые требования в отношении основного долга и неустойки, а также взыскал с ответчика требуемый в исковом заявлении арбитражный сбор в размере 586 456 тенге.

В заявлении о вынесении дополнительного арбитражного решения представитель истца указал, в том числе, что из прямого толкования смысла пунктов <...> указанного Положения следует, что на истца не возлагается обязанность заявлять в своем иске требование о взыскании с ответчика арбитражных расходов и сборов, т.к. они учитываются самим судом при вынесении решения и возлагаются на сторону, против которой состоялось решение арбитража. Представляется, что требование о возмещении регистрационного сбора необходимо считать предъявленным (ввиду его фактической уплаты), но не рассмотренным арбитром. На основании изложенного просит арбитраж вынести дополнительное решение о взыскании с ответчика расходов по оплате регистрационного сбора в размере 371 210 тенге.

В своем письме в арбитраж арбитр, рассматривавший это дело (его полномочия прекратились вынесением решения), указал, что дополнительное решение не может быть вынесено, так как ситуация не подпадает под условия, предусмотренные пунктом <...> Регламента. В нем речь идет о требованиях, которые были заявлены истцом, но не были рассмотрены арбитражем. Истец требовал взыскания лишь арбитражного сбора, и это требование было удовлетворено. Если же истец намерен взыскать и регистрационный сбор, то должен в общем порядке подать соответствующее исковое заявление.

3. Истец ТОО «I», ссылаясь на заключенный с ответчиком ТОО «Т» договор купли-продажи, заявил требование о взыскании суммы основного долга, неустойки за несвоевременную оплату товара, представительских расходов в размере 150 000 тенге, а также оплаченного сбора.

В обоснование представительских расходов истцом были представлены копии договора об оказании юридических услуг и консультативной помощи, заключенного между ТОО «Юридическая компания «V» (исполнитель) и ТОО «I» (заказчик), а также платежного поручения об оплате услуг в размере 288 000 тенге.

Составом арбитров установлено, что указанным договором заказчик поручает, а исполнитель принимает на себя обязанность в выполнении услуг, связанных с юридической деятельностью, а именно представление интересов заказчи-

ка в СМЭС Алматинской области по исковому заявлению ТОО «I» к ТОО «Т» о взыскании суммы долга. При этом исковое заявление ТОО «I» к ответчику ТОО «Т» определением суда СМЭС Алматинской области оставлено без рассмотрения.

В деле также имелась доверенность, выданная г-ну Э. товариществом с ограниченной ответственностью «I» для представления интересов последнего, в том числе в арбитражных судах.

В своем решении состав арбитров указал, что, поскольку данный спор рассматривается соответствующим арбитражем, а также, что полномочия по указанной доверенности не соответствуют предмету спорного договора, и она выдана иному лицу-поверенному (г-ну Э.), состав арбитров не находит причинно-следственной связи между произведенными ТОО «I» расходами по представительству в СМЭС и настоящим арбитражным разбирательством.

На основании изложенного в удовлетворении требования истца о взыскании с ответчика суммы за оплату представительских расходов в размере 150 000 тенге было отказано.

4. Между российским публичным акционерным обществом (истец) и казахстанским товариществом с ограниченной ответственностью (ответчик) было заключено агентское соглашение, по которому ответчик обязался от имени и за счет истца оказывать услуги по бронированию, оформлению и продаже пассажирских авиаперевозок на рейсы истца.

Вследствие ненадлежащего исполнения ответчиком своих обязательств истец предъявил к нему иск о взыскании суммы задолженности, неустойки, задолженности по претензиям (всего – 31 378 033 тенге), расходов по оплате арбитражного и регистрационного сборов, а также помощи представителей.

При этом указал, что для представления интересов в арбитраже он привлек юридическую фирму, и в этой связи его расходы составили 2 826 253 тенге.

Рассматривая данное требование, состав арбитров отметил, что представленный договор на оказание юридических услуг носит рамочный характер и предусматривает оказание юридических услуг вообще, а не конкретно представле-

ние интересов истца в настоящем арбитражном разбирательстве.

Кроме того, составу арбитров была представлена лишь первая страница договора. Поэтому оценить его как документ, имеющий юридическое значение, состав арбитров не имел возможности. Платежное поручение о перечислении истцом на счет юридической фирмы 2 826 253 тенге также не вносит полной ясности в разрешаемый арбитражем вопрос о взыскании данных расходов, поскольку в нем указываются платежи за юридические услуги, но не конкретизируется, какие именно.

На этом основании в возмещении расходов на представителя истцу было отказано.

5. В арбитраж была представлена копия договора на оказание правовой помощи между истцом ТОО «Б» и индивидуальным предпринимателем К., согласно которому исполнитель обязуется представлять интересы клиента в данном арбитраже по иску ТОО «Б» к ТОО «А». Вознаграждение за оказанные юридические услуги составляет 150 000 тенге.

В соответствии с подпунктом 1) части первой п. 1 ст. 55 Закона РК «О товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью» членам исполнительного органа товарищества запрещается без согласия общего собрания заключать с товариществом сделки, направленные на получение от него имущественных выгод. Пунктом 2 ст. 55 данного Закона установлено, что указанное ограничение распространяется также на супруга, всех прямых нисходящих и восходящих родственников, а также родных братьев и сестер членов исполнительного органа товарищества.

В ходе арбитражного разбирательства было установлено, что представитель истца г-жа К. является нисходящим родственником (дочерью) директора ТОО «Б».

Следовательно, указав состав арбитров, заключение договора на оказание правовой помощи было возможно лишь с согласия общего собрания участников ТОО «Б». Однако протокол общего собрания участников ТОО «Б» с решением по указанному вопросу в арбитраж не представлен.

В этой связи требование истца о возложении на ответчика расходов истца по оплате услуг представителя в размере 150 000 тенге удовлетворено не было.

6. Представителем истца в арбитраж была представлена копия договора об оказании юридических услуг с истцом компанией «А» (Nevis, West Indies).

В соответствии с указанным договором, клиент поручает, а исполнитель принимает на себя обязательство по представлению интересов клиента в судах первой и, при необходимости, апелляционной и надзорной инстанциях, в постоянно действующем арбитраже (указано его название), а также в исполнительном производстве по предъявлению исковых требований о взыскании суммы задолженности с АО «КАФ» и ТОО «ТРД».

Данным договором было предусмотрено, что клиент обязуется произвести оплату услуг исполнителя в размере USD 2000 в течение пяти рабочих дней с момента подписания договора. Как следовало из выписки по лицевому счету представителя, зачисление на его счет указанной суммы было произведено в полном объеме.

Устанавливая размер расходов истца на оплату услуг представителя, подлежащих возложению на ответчика, арбитраж учитывал цену иска (34 400 долларов США), сложность спора, время, затраченное на арбитражное разбирательство (одно заседание), а также тот факт, что рассмотренный спор возник из предпринимательских отношений коммерческих организаций, в котором каждая сторона самостоятельно избирает способы защиты и определяет соответствующие расходы.

В этой связи в возмещение расходов истца на представителя с ответчика было взыскано 500 долларов США.

7. В Дополнении к исковому заявлению, поданном в арбитраж в день заседания и вынесения решения, истец просил взыскать с ответчика расходы по авиаперелету его представителя по маршруту Атырау–Алматы–Атырау в размере 102 331 тенге и проживанию в гостинице в размере 24 000 тенге.

Согласно Положению об арбитражных расходах и сборах данного арбитража, сторона, в пользу которой вынесено решение, может потребовать возложить на другую сторону возмещение понесенных ею разумных издержек, возникших в связи с арбитражным разбирательством.

При рассмотрении указанного дополнительного требова-

ния состав арбитров учитывал, что в отзыве на исковое заявление, представленном в арбитраж в установленные сроки, ответчик отмечал, что признает иск в полном объеме и также выражает свою готовность возместить истцу понесенные им расходы, связанные с подачей иска в арбитраж, в частности, сумму регистрационного и арбитражного сборов после вынесения арбитражем определения о прекращении разбирательства.

В этой связи состав арбитров посчитал, что осуществление истцом дополнительных расходов, связанных с перелетом его представителя по маршруту: Атырау–Алматы–Атырау и проживанием в гостинице в г. Алматы, не является необходимым и разумным, и, соответственно, их возложение на ответчика не будет являться справедливым.

На основании изложенного требование истца о взыскании с ответчика расходов по проезду и проживанию его представителя в общем размере 126 331 тенге было отклонено.

8. Между ТОО «А-С» (ответчик, исполнитель) и Объединением юридических лиц «С-С-С-Б» (истец, заказчик) был заключен договор на изготовление книгопечатной продукции.

В процессе приемки готовой продукции между сторонами возник спор о ее качестве, в связи с чем истец для дачи заключения привлек специалистов Испытательной лаборатории строительной, промышленной, радиоэлектронной и бытовой продукции Алматинского филиала АО «Национальный центр экспертизы и сертификации».

Однако состав арбитров к представленному заключению отнесся критически по следующим основаниям:

– заключение не содержит имен специалистов, его подготовивших, их подписи и порядок их назначения для дачи заключения. Подписано начальником и заведующим сектором указанной лаборатории, при этом уровень их компетентности и знаний в исследуемой области не указан;

– в заключении неверно указаны наименования заказчика заключения и исполнителя объекта исследования, название объекта исследования;

– заключение основано на визуальном осмотре книг с целью выявления характерных признаков внешних дефектов книг, с помощью увеличительных приборов и без них,

без сравнения с сигнальным образцом, который заказчиком представлен не был.

Кроме того, состав арбитров поставил под сомнение компетенцию самой лаборатории в даче заключений по предмету спора (исследование книгопечатной продукции).

Так, на сайте лаборатории размещена информация о видах проводимых ею испытаний:

- климатические;
- электрические;
- физико-механические;
- гидравлические;
- пневматические;
- пожаробезопасность материалов, веществ, изделий и конструкций.
- токсикологические (имеется виварий для проведения испытаний на экспериментальных животных).

На этом основании состав арбитров исключил представленное этой лабораторией заключение из совокупности доказательств по делу и отказал в возложении на ответчика расходов на проведение экспертизы.

Глава 3. ВЗАИМОДЕЙСТВИЕ СУДОВ И АРБИТРАЖЕЙ ПО ВОПРОСАМ ПРИМЕНЕНИЯ ОБЕСПЕЧИТЕЛЬНЫХ МЕР, ОТМЕНЫ И ПРИНУДИТЕЛЬНОГО ИСПОЛНЕНИЯ АРБИТРАЖНЫХ РЕШЕНИЙ

*А. Коробейников,
Я. Левкут*

ПРАКТИКА ПРИМЕНЕНИЯ СУДАМИ КАЗАХСТАНА ОБЕСПЕЧИТЕЛЬНЫХ МЕР В ОТНОШЕНИИ АРБИТРАЖНЫХ РАЗБИРАТЕЛЬСТВ

Одним из условий успешного и результативного арбитражного разбирательства является своевременное принятие мер по обеспечению иска, поданного для рассмотрения в арбитраж.

Вместе с тем в Казахстане в настоящее время существует несколько возможных опций для сторон арбитражного разбирательства по принятию обеспечительных мер, каждая из которых имеет свои особенности.

Кроме того, законодательство Казахстана не всегда соответствует современным международным тенденциям в этой сфере и нуждается в соответствующих изменениях.

В рамках данной статьи нами рассматривается международный подход, последние изменения законодательства Казахстана по данному вопросу, а также приводятся примеры из практики казахстанских судов и рекомендации по изменениям национального законодательства.

Международный подход по применению обеспечительных мер в арбитраже

В настоящее время в международной практике распространено несколько способов принятия обеспечительных мер в рамках арбитражного разбирательства.

Так, обеспечительные меры могут быть приняты по заявлению стороны еще до формирования состава арбитража так называемым чрезвычайным арбитрам.

В соответствии с арбитражными регламентами крупнейших арбитражных институтов ходатайство о принятии обеспечительных мер чрезвычайному арбитру принимается, только если оно получено до передачи дела составу арбитража¹.

При этом ходатайство о принятии мер по обеспечению иска может быть подано и до инициирования самого арбитражного разбирательства (подачи заявления об арбитраже).

Для обращения к чрезвычайному арбитру сторона должна обосновать наличие всех критериев для принятия обеспечительных мер и чрезвычайную срочность обращения.

В большинстве арбитражных регламентов указано, чтобы обе стороны уведомлялись о требовании принятия обеспечительных мер чрезвычайным арбитром и им предоставлялась возможность выразить свою позицию (несмотря на то, что сроки рассмотрения соответствующего обращения могут быть очень краткими).

Зачастую решение чрезвычайного арбитра выносится в форме приказа и является обязательным для соблюдения сторонами. В то же время для состава арбитража приказ арбитра не является обязательным в отношении любого вопроса или спора, который определен в данном приказе. У состава арбитража есть полномочия для внесения изменений, прекращения действия или отмены самого приказа.

Также состав арбитража после передачи ему дела имеет полномочия по принятию обеспечительных мер.

Помимо этого, у сторон есть право обратиться за принятием обеспечительных мер в любой компетентный судебный орган как до передачи дела составу арбитража, так и, при некоторых обстоятельствах, после.

По общему правилу обращение сторон в судебный орган для принятия промежуточных или обеспечительных мер, а также приведение в исполнение таких мер, принятых составом арбитража, не является нарушением арбитражного со-

¹ См. к примеру, Приложение II к Арбитражному Регламенту Арбитражного института Торговой палаты г. Стокгольма 2017 года (https://sccinstitute.com/media/293617/skiljedomsregler_2017_ru_web.pdf) или Приложение V к Арбитражному регламенту Международной торговой палаты 2017 года (<https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2015/12/2012-Arbitration-Rules-and-2014-Mediation-Rules-RUSSIAN-version.pdf>).

глашения, отказом от него и от права обращения в арбитраж и никак не влияет на полномочия состава самого арбитража.

Обеспечительные меры судов в поддержку арбитража предусмотрены в Типовом законе ЮНСИТРАЛ, а также в большинстве законов об арбитраже и в арбитражных регламентах.

Примечательно, что существует ряд ограничений полномочий арбитров по сравнению с государственными судами в отношении обеспечительных мер.

Так, обычно у арбитров нет полномочий в принуждении к исполнению решения об обеспечительных мерах и отсутствуют санкции или убытки за неисполнение такого решения, если такое право не предусмотрено соглашением сторон (в том числе в регламенте) и/или *lex arbitri*.

Для соблюдения прав сторон разбирательства международной практикой приняты критерии принятия обеспечительных мер составом арбитража.

Данные критерии внесены в статью 17 А Типового закона ЮНСИТРАЛ (2006), а также в статью 26 (3) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ (2010):

«1) Сторона, запрашивающая обеспечительную меру согласно пунктам 2 а), б) и с) статьи 17, убеждает арбитражный суд в том, что:

а) может быть причинен ущерб, который не может быть должным образом устранен путем присуждения убытков, если постановление о принятии такой меры не будет вынесено, и такой ущерб существенно перевешивает ущерб, который может быть причинен стороне, в отношении которой принимается такая мера, если эта мера будет предписана; и

б) существует разумная возможность того, что запрашивающая сторона добьется успеха в отношении существа требования. Любое определение относительно такой возможности не затрагивает свободу усмотрения арбитражного суда при вынесении любых последующих определений.

2) Применительно к просьбе о принятии обеспечительной меры согласно пункту 2 d) статьи 17, требования, предусмотренные в пунктах 1 а) и б) настоящей статьи, применяются только в той мере, в которой арбитражный суд считает это уместным».

Как правило, в институциональных арбитражных регламентах не предусмотрен конкретный список мер, которые арбитры сочтут необходимыми для обеспечения заявленного иска, в связи с чем арбитры обладают достаточно широким усмотрением в этой части.

На практике критериями принятия обеспечительных мер являются (i) непоправимый или существенный ущерб, который может быть следствием отсутствия данных мер, (ii) наличие достаточно серьезных доказательств («prima facie case») или вероятность выигрыша по существу требований, а также (iii) пропорциональность. Естественно, учитывается и сам характер запрашиваемых обеспечительных мер.

Арбитры учитывают все перечисленные критерии при рассмотрении вопроса и имеют право отказать в принятии мер в следующих случаях:

- когда истребуемая обеспечительная мера неисполнима;
- если истребуемая обеспечительная мера не сможет предотвратить заявляемый ущерб;
- если истребуемая обеспечительная мера равносильна удовлетворению заявленных требований; и/или
- заявление о принятии обеспечительной меры подано с опозданием, без достаточных на то оснований.

Арбитры также могут отказать в принятии обеспечительной меры, если противная сторона добросовестно заявит или обязуется предпринять шаги, в результате которых принятие обеспечительных мер будет ненужным.

Вышеуказанные критерии закреплены в статьях 2-4 Руководства по обращению за принятием обеспечительных мер, подготовленного Королевским Институтом Арбитров (CIArb) в 2016 году по результатам проведенного анализа арбитражной практики¹ (далее – Руководство CIArb (2016)).

Помимо этого, обеспечительные меры могут быть изменены, приостановлены или прекращены по заявлению стороны или по собственной инициативе состава арбитров в случае предоставления иных доказательств или доводов в исключительных случаях, таких как, к примеру, ошибочно принятая мера или мера, принятая в результате мошенничества.

¹ CIArb Guideline on Application for Interim Measures (<https://www.ciarb.org/media/4194/guideline-4-applications-for-interim-measures-2015.pdf>).

Статьей 5 того же Руководства CIArb (2016) обеспечительные меры поделены на следующие категории:

– Меры для сохранения доказательств, которые могут быть относимыми и иметь существенное значение для разрешения спора.

– Меры для сохранения или восстановления существовавшего ранее положения требования о совершении или не совершении стороной определенных действий (продолжать исполнение контракта).

– Меры по предоставлению обеспечения в отношении издержек.

– Меры по осуществлению промежуточных платежей, когда это необходимо для продолжения деятельности заявителя, при обосновании его права на платежи и зачете данных сумм при вынесении итогового решения.

В случае, когда у стороны есть сомнения в том, что другая сторона сохранит за собой право собственности на активы при получении уведомления о поданном заявлении об обеспечительных мерах и началом разбирательства, сторона может обратиться в суд с заявлением *ex parte*, т.е. в одностороннем порядке, без уведомления стороны, против которой направлена мера.

Данный вид обращения предусматривает более жесткие критерии и обязанность по доказыванию арбитрам наличия особых обстоятельств, которые обуславливают необходимость неразглашения информации другой стороне для эффективности меры.

Тем временем существует риск того, что данный принцип может рассматриваться как нарушение равноправия сторон, нарушение принципа предоставления каждому участнику процесса возможности для предъявления своей позиции.

В связи с чем для соблюдения прав другой стороны в ст. 7 Руководства CIArb (2016) закреплены такие гарантии, как предоставление копий материалов, приложенных к заявлению, предоставление возможности озвучить свою позицию, как только это разумно обосновано и практически достижимо, а также уведомление о любом вынесенном решении.

В международной практике также получила свое развитие возможность принудительного исполнения обеспечи-

тельных мер, принятых арбитрами, через государственные суды. Так, в 2006 году в Типовой закон ЮНСИТРАЛ было включено следующее положение Статьи 17Н:

«1) Обеспечительная мера, вынесенная арбитражным судом, признается имеющей обязательную силу и, если арбитражным судом не предусмотрено иное, приводится в исполнение по обращению к компетентному суду, независимо от страны, в которой она была вынесена, при условии соблюдения положений статьи 17 I».

Таким образом, в Типовом законе ЮНСИТРАЛ предусмотрена возможность принудительного исполнения обеспечительных мер, принятых арбитражем.

Законодательство Казахстана о принятии мер по обеспечению иска в международном арбитраже

До недавнего времени законодательство Казахстана о принятии мер по обеспечению иска в рамках арбитражного разбирательства предоставляло сторонам определенную альтернативу.

Положениями части 1 ст. 15-1 Закона Республики Казахстан «О международном арбитраже» от 28 декабря 2004 года (далее – Закон об арбитраже 2004 года), действовавшего до принятия Закона Республики Казахстан «Об арбитраже» от 8 апреля 2016 года №488-V (далее – Закон об арбитраже 2016 года), было установлено следующее: «Если стороны не договорились об ином, то арбитраж может по просьбе любой стороны распорядиться о принятии какой-либо стороной таких мер по обеспечению иска в отношении предмета спора, которые он считает необходимыми, о чем выносит определение».

Исходя из данной нормы (которая соответствовала ст. 17 Типового закона), арбитраж имел право самостоятельно принять меры по обеспечению иска.

На практике же определение о принятии мер по обеспечению иска зачастую выносил руководитель арбитражного института при получении искового заявления. Так, к примеру, в п. 1 ст. 43 Регламента Международного арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Республики Казахстан (утвержден решением внеочередного съезда Торгово-

промышленной палаты Республики Казахстан от 22 июля 2010 года) (далее – Регламент МАС при ТПП) было закреплено следующее: «По заявлению любой стороны до формирования состава арбитражного разбирательства – Председатель Международного арбитражного суда, а после формирования – состав арбитражного разбирательства может распорядиться о принятии какой-либо стороной мер по обеспечению иска в отношении предмета спора, которые он считает необходимыми, о чем выносит определение».

Исполнение решения арбитража о принятии мер по обеспечению иска производилось через государственные суды путем подачи соответствующего заявления в соответствии с положениями Гражданского процессуального кодекса Республики Казахстан о принятии мер по обеспечению иска.

Частью 2 ст. 15-1 Закона об арбитраже 2004 года установлено: «Заявление об обеспечении иска, рассматриваемого в арбитраже, подается стороной в компетентный суд по месту осуществления арбитражного разбирательства или по местонахождению имущества, в отношении которого могут быть приняты меры по обеспечению иска».

На практике данное положение трактовалось как норма, позволявшая сторонам арбитражного разбирательства обращаться в государственные суды с заявлениями как об исполнении решений арбитража о принятии обеспечительных мер, так и о принятии обеспечительных мер самими государственными судами.

Так, к примеру, п. 2 Регламента МАС при ТПП гласит: **«Заявление об обеспечении иска с приложением определения Международного арбитражного суда о принятии обеспечительных мер** [выделено авторами] подается стороной в компетентный суд по месту осуществления арбитражного разбирательства или по местонахождению имущества, в отношении которого могут быть приняты меры по обеспечению иска».

При этом п. 2 Нормативного постановления Верховного Суда РК «О принятии обеспечительных мер по гражданским делам» от 12 января 2009 года №2 предусматривает, что «меры по обеспечению иска по делам, рассматриваемым в третейском разбирательстве, принимаются судом по

месту нахождения должника или третейского (арбитражного) суда с соблюдением всех положений, предусмотренных главой 15 ГПК. При рассмотрении заявления об обеспечении иска суд обязан проверить, возбуждено ли третейским (арбитражным) судом дело по иску лица, подавшего заявление о принятии обеспечительных мер».

Согласно п. 1 ст. 155 ГПК, единственным критерием для принятия мер по обеспечению иска является то, может ли непринятие таких мер затруднить или сделать невозможным исполнение решения суда. Более подробно данный критерий разъяснен в п. 9 Нормативного постановления Верховного Суда РК «О принятии обеспечительных мер по гражданским делам» от 12 января 2009 года №2: «Под затруднительностью или невозможностью исполнения вступившего в законную силу судебного акта следует понимать такие возможные действия ответчика, которые направлены на сокрытие либо отчуждение всего или части принадлежащего ему имущества, на подготовку к выезду за пределы Республики Казахстан и так далее».

Таким образом, в соответствии с данной нормой после возбуждения арбитражного разбирательства стороны имеют право обращаться за принятием мер по обеспечению иска напрямую в государственный суд, без предварительного рассмотрения вопроса о принятии обеспечительных мер составом арбитража. При этом для принятия обеспечительных мер сторонам следует доказать затруднительность или невозможность исполнения арбитражного решения по делу.

Подобный дуализм в регулировании вопроса о принятии мер по обеспечению иска сохранился и в Законе об арбитраже 2016 года, п. 6 ст. 20 которого установлено: «Если стороны не договорились об ином, то арбитраж может по просьбе любой стороны распорядиться о принятии какой-либо стороной таких мер по обеспечению иска в отношении предмета спора, которые он считает необходимыми, о чем выносит определение».

Следовательно, право арбитража на принятие обеспечительных мер сохранено.

Статья 39 Закона об арбитраже 2016 года предусматривает:

«1. Стороны во время арбитражного разбирательства в случае, предусмотренном в пункте 6 статьи 20 настоящего Закона, вправе обратиться в суд с заявлением об обеспечении иска. Принятие судом определения об обеспечении иска не является несовместимым с арбитражным соглашением.

2. Заявление об обеспечении иска, рассматриваемого в арбитраже, подается стороной в суд по месту осуществления арбитражного разбирательства или месту нахождения имущества, в отношении которого могут быть приняты обеспечительные меры.

3. Рассмотрение судом заявления об обеспечении иска, рассматриваемого в арбитраже, и вынесение им определения об обеспечении иска или отказе в его обеспечении осуществляются в порядке, установленном гражданским процессуальным законодательством Республики Казахстан.

4. Определение об обеспечении иска, рассматриваемого в арбитраже, может быть отменено судом, вынесшим это определение, по заявлению одной из сторон. Арбитражное решение об отказе в удовлетворении исковых требований является основанием для отмены судом обеспечительных мер».

В связи с этим, в настоящее время, предварительное обращение в арбитраж на территории Казахстана за принятием мер по обеспечению иска может быть интересно только в целях получения дополнительного доказательства необходимости принятия таких мер государственным судом или в целях приведения в исполнение такого определения арбитража в иных государствах, где такое исполнение допускается.

Практика судов Казахстана в сфере принятия мер по обеспечению исков, рассматриваемых в международном арбитраже

Исходя из анализа судебной практики казахстанских судов, можно прийти к выводу, что, несмотря на имеющееся несовершенство законодательства, казахстанские суды в большинстве случаев занимали проарбитражную позицию и положительно рассматривали заявления о принятии мер по обеспечению исков, разбирательство по которым было

инициировано как в постоянно действующих арбитражных институтах, так и в арбитражах *ad hoc*.

Так, к примеру, в марте 2015 года Специализированный межрайонный экономический суд г. Астаны рассмотрел заявление иностранной компании о принятии мер по обеспечению иска, разбирательство по которому было инициировано в соответствии с Арбитражным регламентом Арбитражного института Торговой палаты г. Стокгольма. По результатам данного рассмотрения суд вынес определение о принятии таких мер¹.

В частности, в своем определении суд указал: «Компания [X]² в целях обеспечения иска к ТОО [Y] о взыскании 18 000 000 евро, поданного в Арбитражный суд Торговой палаты Стокгольма, обратилась в Специализированный межрайонный экономический суд города Астаны с заявлением о принятии обеспечительных мер в виде наложения ареста на имущество и денежные средства ответчика... Принимая во внимание нахождение должника и принадлежащего ему имущества в г. Астане, а также предоставление заявителем сведений о предпринимаемых ответчиком мер по отчуждению имущества, что может затруднить исполнение решения арбитража, суд считает возможным удовлетворить заявленное ходатайство».

Таким образом, суд счел возможным удовлетворить заявление о принятии мер по обеспечению иска, рассматриваемого в соответствии с Арбитражным регламентом Арбитражного института Торговой палаты г. Стокгольма, в связи с тем, что непринятие таких мер может затруднить исполнение решения арбитража.

Определенную сложность вызывает рассмотрение судами Казахстана заявлений о принятии мер по обеспечению исков, рассматриваемого в арбитражах *ad hoc*.

Так, в июне 2015 года Специализированный межрайонный экономический суд Южно-Казахстанской области рассмотрел заявление иностранной компании о принятии мер по обеспечению иска, рассматриваемого в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ 2010 года.

¹ См. определение Специализированного межрайонного экономического суда г. Астаны от 3 марта 2015 года по делу №01-18/6925.

² Здесь и далее наименования сторон судебных дел скрыты авторами.

В удовлетворении данного заявления было отказано в связи с тем, что со стороны заявителя не были представлены доказательства возбуждения производства по делу в арбитраже¹. В частности, суд указал: «в силу требований п. 2 выше-названного Постановления [Нормативного постановления Верховного Суда РК «О принятии обеспечительных мер по гражданским делам» от 12 января 2009 года №2. – прим. автора] в соответствии со ст. 158 ГПК Республики Казахстан истец к заявлению должен приобщить судебный акт арбитражного суда о возбуждении иска. Однако представитель истца в своем заявлении не приобщил судебный акт арбитражного суда о возбуждении иска». Таким образом, при рассмотрении заявления о принятии мер по обеспечению иска суд не принял во внимание то обстоятельство, что, согласно п. 2 ст. 3 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ 2010 года, «арбитражное разбирательство считается начатым в день получения ответчиком уведомления об арбитраже». Соответственно, для доказательства возбуждения арбитражного разбирательства по Арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ было достаточно предоставить лишь доказательство получения ответчиком соответствующего иска.

Данная ошибка суда первой инстанции была исправлена при рассмотрении дела в суде апелляционной инстанции.

Так, в своем определении от 21 августа 2015 года по делу №2а-2294/14 Южно-Казахстанский областной суд установил: «Вместе с тем, в соответствии с п. 2 ст. 3 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ, действующим на дату заключения Рамочного договора сторонами, арбитражное разбирательство считается начатым в день получения ответчиком уведомления об арбитраже. Как усматривается из представленных в суд документов, в материалах дела имеются рамочный договор подряда и поставки №SM-137-13 от 28 августа 2013 года (согласно которому все споры, разногласия и претензии разрешаются в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ), а также уведомление, полученное и подписанное ответчиком, а именно главным финансовым директором Е., что подтверждает начало арби-

¹ См. определение Специализированного межрайонного экономического суда Южно-Казахстанской области от 29 июня 2015 года по делу №01-26-16.

тражного разбирательства... Однако суд первой инстанции, в нарушение вышеуказанных требований законодательства, не исследовал документы, приложенные к исковому заявлению представителя Компании [X], не проверил, начато ли арбитражное разбирательство, согласно Рамочному договору, заключенному между сторонами по Арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ, не дал правильную правовую оценку обстоятельствам дела. В этой связи, суд апелляционной коллегии находит выводы суда первой инстанции об отказе в удовлетворении заявления истца необоснованными, судом допущены нарушения при применении норм материального права, следовательно, определение суда подлежит отмене, частная жалоба – удовлетворению».

Отмечаем, что практика казахстанских судов также допускает возможность исполнения актов иностранных арбитражей о принятии мер по обеспечению иска, если такие акты вынесены в форме решений.

Так, в марте 2017 года арбитраж, сформированный в соответствии с Арбитражным регламентом Международной торговой палаты, вынес по заявлению иностранной компании в рамках рассмотрения иска в отношении казахстанской компании решение об обеспечительных мерах, предписывавшее ответчику не отчуждать свои активы в размере заявленного иска до вынесения окончательного решения по существу спора по арбитражному делу.

В соответствии с п. 1 ст. 28 Арбитражного регламента Международной торговой палаты данный акт был намеренно вынесен в форме арбитражного решения по просьбе истца с тем, чтобы позволить ему в дальнейшем обратиться в суды Казахстана с заявлением о признании и приведении его в исполнение. После этого иностранная компания обратилась в Специализированный межрайонный экономический суд г. Алматы с заявлением о признании и приведении в исполнение данного решения арбитража.

Рассмотрев данное заявление, суд пришел к следующим выводам¹: «Согласно ст. 503 ГПК РК решения иностранных судов и арбитражей признаются и исполняются в Республике Казахстан, если это предусмотрено законом или между-

¹ См. определение Специализированного межрайонного экономического суда г. Алматы от 13 апреля 2017 года по делу №7527-17-3-12/37.

народным договором Республики Казахстан на началах взаимности. Условия и порядок признания и исполнения решений иностранных судов и арбитражей определяются законом, если международным договором Республики Казахстан не установлено иное. Решение иностранного суда или арбитража может быть предъявлено к принудительному исполнению в течение трех лет с момента вступления решения в законную силу... Проверив материалы, судья считает, что ходатайство представителя истца о признании и приведении в исполнение в Республике Казахстан решения Международного арбитражного суда Международной торговой палаты от 21 марта 2017 года ...и выписке исполнительного листа на территории Республики Казахстан подлежат удовлетворению».

Данное определение было также подтверждено апелляционной коллегией суда г. Алматы.

Таким образом, описанная выше судебная практика подтверждает возможность исполнения в Казахстане актов иностранных арбитражных судов о принятии мер по обеспечению исков, вынесенных в форме арбитражного решения.

Рекомендуется внести в законодательство Казахстана соответствующие изменения в целях распространения данной возможности и на иные акты иностранных арбитражных судов.

Рекомендации по изменению национального законодательства

Как мы указали выше, в целом как законодательство Казахстана, так и судебная практика местных судов позволяют сторонам обращаться за принятием обеспечительных мер в рамках арбитража как непосредственно к составу арбитража, так и в суд.

Кроме того, описанная выше судебная практика подтверждает возможность исполнения в Казахстане актов иностранных арбитражных судов о принятии мер по обеспечению исков, вынесенных в форме арбитражного решения.

Таким образом, в настоящее время стороны арбитражно-

го разбирательства, которое проходит за пределами Казахстана могут не только обратиться в государственный суд Казахстана за принятием обеспечительных мер, но и просить об этом состав арбитража. Последняя опция может быть интересна для стороны, если речь идет о принятии обеспечительных мер, которые не свойственны судебной практике Казахстана (к примеру, мер для сохранения доказательств, которые могут быть относимыми и иметь существенное значение для разрешения спора или по предоставлению обеспечения в отношении издержек).

При этом законодательство Казахстана не содержит каких-либо ограничений в отношении одновременного применения двух вышеуказанных опций.

Вместе с тем, исходя из последних тенденций в области международного арбитража, предлагается рассмотреть возможность внесения изменений в законодательство Республики Казахстан, которые позволяли бы признавать и приводить в исполнение через государственные суды не только решения, но и определения и иные акты как казахстанских, так и иностранных арбитражей о принятии мер по обеспечению иска.

При рассмотрении вопроса об исполнении решений арбитража о принятии мер по обеспечению исков судам надлежит воздержаться от установления необходимости принятия мер по обеспечению иска по существу и ограничиться лишь проверкой соблюдения составом арбитража процессуальных требований – по аналогии с вопросами, подлежащими проверке при рассмотрении вопроса о признании и приведении в исполнение арбитражных решений.

При этом в целях соблюдения прав сторон арбитражного разбирательства и минимизации возможности злоупотреблений также предлагается закрепить в законодательстве об арбитраже критерии принятия обеспечительных мер, соответствующие положениям Типового закона ЮНСИТРАЛ и международной практике.

**ПРОТИВОРЕЧИЕ ПУБЛИЧНОМУ ПОРЯДКУ КАК
ОСНОВАНИЕ ОТМЕНЫ СУДАМИ РЕСПУБЛИКИ
КАЗАХСТАН РЕШЕНИЙ АРБИТРАЖЕЙ: НЕКОТОРЫЕ
ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ И ПРАКТИЧЕСКИЕ ВОПРОСЫ¹**

1. Вводные положения

В Казахстане арбитраж² за годы независимости пережил несколько этапов своего становления и развития³. Ниже мы обратим внимание только на некоторые аспекты, связанные с одной из форм взаимодействия государственных судов Республики Казахстан (далее – суд, суды) и арбитражей.

Первоначально суды никак не сотрудничали с арбитражами, их даже не замечали. Каждый был сам по себе. Первые проблемы возникли в сфере принудительного исполнения решений арбитражей. Сегодня, по большей части, они преодолены. И это хорошо.

Еще одна форма взаимодействия только формируется. Ее можно обозначить как пределы контроля (надзора) судов за деятельностью арбитражей. Практика знает примеры, которые наглядно демонстрируют наличие серьезных проблем в этой сфере, а ее текущее состояние весьма противоречиво.

С одной стороны, контроль судов за деятельностью арбитражей необходим. Практике известны и «карманные» арбитражи, и случаи злоупотребления свободой их создания и функционирования. В подобных случаях, можно полагать, должен быть не только некий контроль со стороны судов, но и надлежащим образом обеспечен надзор с ис-

¹ Представленная статья является переработанным и дополненным материалом, опубликованном в Интернет. См.: *Скрябин С.В.* Применение судами Республики Казахстан законодательства об отмене решений арбитражей. Или еще раз о публичном порядке... // URL: <https://www.zakon.kz/4943694-primenenie-sudami-respubliki-kazahstan.html> (дата обращения: 29.10.2018).. В печатной версии материал публикуется впервые.

² Этот термин включает и третейский суд.

³ См., например, *Сулейменов М.К., Дуйсенова А.Е.* Международный коммерческий арбитраж в Казахстане: перспективы развития // URL: <http://www.zakon.kz/4867583-mezhdunarodnyjj-kommercheskijj.html> (дата обращения: 10.09.2015).

пользованием механизмов саморегулирования, предусмотренных Законом Республики Казахстан от 8 апреля 2016 года №488-V «Об арбитраже» (далее – Закон об арбитраже). Возможно, что эти механизмы нужно совершенствовать и развивать. Но это тема для отдельного исследования.

С другой стороны, глава 56 действующего Кодекса Республики Казахстан от 31 октября 2015 года №377-V «Гражданский процессуальный кодекс Республики Казахстан»¹ (далее – ГПК) содержит правила о производстве по ходатайству об отмене арбитражного решения (ст. ст. 464 и 465 ГПК). Некоторые примеры применения соответствующих норм вызывают достаточно большой общественный резонанс. Об одном подобном случае ниже будет упомянуто особо. Суть же проблемы можно сформулировать довольно просто: *непонимание или нежелание отдельных судей признать самостоятельность и независимость арбитражей от судебной системы Казахстана*. Еще один из подобных примеров и дал повод для написания настоящей статьи.

Мы неоднократно были свидетелями того, что судьи судов различных инстанций всерьез полагают наличие у них компетенции по осуществлению надзора за деятельностью арбитражей. Так, например, участвуя в работе международной конференции в ноябре 2016 года, я стал очевидцем выступления представителя Алматинского городского суда, который с упоением рассказывал о судебном контроле за решениями арбитражей. Казалось, что действовавший на тот момент уже более года ГПК не давал поводов для подобных утверждений, ибо содержал достаточно внятные правила о принудительном исполнении арбитражного решения (ст. ст. 253-255 ГПК), уже упомянутые выше правила главы 56 ГПК о производстве по ходатайству об отмене арбитражного решения². Мы всегда полагали, что и в подобных ситуациях о надзоре судов за деятельностью арбитражей можно говорить весьма условно.

¹ Здесь и далее, если в тексте не сказано иного, нормативные правовые акты международных организаций и Республики Казахстан приводятся по ИС «Параграф» по состоянию на 10 октября 2018 года.

² Анализ казахстанского законодательства в этой сфере, практика его применения и толкования, включая зарубежный опыт, изложен ниже.

Но практика показала иной подход. Поэтому настоящая публикация является попыткой обозначить основные параметры этой формы взаимодействия между судами и арбитражами, анализ некоторых оснований для отмены решений арбитражей, предложение вариантов решения соответствующих проблем.

Но обо всем по порядку.

2. Анализ фактической ситуации

Составом арбитров Казахстанского Международного Арбитража (далее – КМА) 12 февраля 2018 года было вынесено решение (далее – решение КМА), которым был разрешен спор между ТОО «Л.» и ТОО «Ш.». Исковые требования ТОО «Л.» к ТОО «Ш.» об истребовании документов и взыскании дебиторской задолженности удовлетворены. В удовлетворении встречных исковых требований ТОО «Ш.» о признании действий ТОО «Л.» по расторжению договора в одностороннем внесудебном порядке незаконным отказано. На ТОО «Ш.» были возложены расходы, связанные с рассмотрением спора.

Определением специализированного межрайонного экономического суда г. Алматы от 14 марта 2018 года (далее – Определение 14.03.2018) заявление ТОО «Ш.» об отмене решения КМА было оставлено без удовлетворения.

Обоснование принятого решения было простым: суд, руководствуясь ст. 52 Закона Республики Казахстан от 8 апреля 2016 года №488-V «Об арбитраже» (далее – Закон об арбитраже), посчитал, что «...законодательством установлен исчерпывающий перечень оснований для отмены арбитражного решения. Согласно пункту 3 статьи 465 ГПК и при рассмотрении дела суд устанавливает наличие или отсутствие оснований для отмены арбитражного решения, предусмотренных законом, путем исследования представленных в суд доказательств в обоснование заявленных требований и возражений. При этом основания, указанные в действующем законодательстве, ответчиком суду представлены не были»¹ (с. 2 Определения 14.03.2018).

¹ Здесь и далее в тексте приводятся прямые цитаты анализируемых судебных актов.

Определением апелляционной судебной коллегии по гражданским делам Алматинского городского суда от 25 апреля 2018 года (далее – Определение 25.04.2018) частная жалоба ТОО «Ш.» удовлетворена, Определение 14.03.2018 и решение КМА были отменены.

Суд апелляционной инстанции посчитал, что судом первой инстанции допущены нарушения, предусмотренные ст. 427 ГПК. Ссылок на конкретные основания к отмене либо изменению решения суда в апелляционном порядке в Определении 25.04.2018 нет. Но из его текста следует суть правовой позиции суда и, соответственно, основание отмены решения КМА: *нарушение публичного порядка*.

Подобных нарушений установлено два:

Первое – «...при рассмотрении дела ответчиком по делу было заявлено ходатайство о необходимости проведения строительно-технической экспертизы на предмет определения качества строительства и расчетов стоимости выполненных ответчиком работ.

Определением состава арбитров КМА в удовлетворении ходатайств о назначении экспертизы отказано.

Согласно ст. 48 Закона по вопросам, не затрагивающим существа спора, выносятся мотивированные определения.

Следовательно, арбитры при рассмотрении дела, обязаны были при отказе в удовлетворении ходатайства о назначении экспертизы выносить мотивированное определение. Однако указанное определение вынесено без мотивировки причин принятия такого решения.

При таких обстоятельствах доводы ответчика о том, что в отсутствие экспертного заключения арбитры, не будучи специалистами в области строительства и финансов, вышли за пределы своих юридических познаний, заслуживают внимание коллегии. ...Коллегия приходит к выводу, что составом арбитров нарушен принцип предоставления сторонам равных возможностей для изложения своей позиции и защиты своих прав и интересов, так как не выяснен вопрос о правомерности или необоснованности доводов ответчика о качестве и стоимости выполненных им работ, что *противоречит публичному порядку*» (с. 3 Определения 25.04.2018. Выделено мною. – С.С.).

Второе – «...противоречит публичному порядку удовлетворение КМА требований о взыскании суммы задолженности в пользу ТОО «Л.» ... *арбитры вышли за пределы исковых требований, вместо убытков взыскали сумму задолженности*» (с. 3-4 Определения 25.04.2018. Выделено мною. – С.С.).

Постановлением судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Республики Казахстан от 15 января 2019 года (далее – Постановление 15.01.2019) Определение 25.04.2018 было отменено. Определение 14.03. 2018 оставлено в силе¹.

3. Анализ и сопоставление правовых позиций судов апелляционной и кассационной инстанций

Правовая позиция суда апелляционной инстанции выстраивается посредством упоминания нескольких нормативных документов².

Во-первых, Закон об арбитраже. Определение 25.04.2018 содержит только краткое название этого документа, но, сопоставив текст определения и текст закона, можно говорить об отсылке судом к правилам подп. 1) ст. 2 (понятие «публичный порядок Республики Казахстан»), подп. 4), 5) ст. 5 (принципы арбитражного разбирательства), ст. 48 (определения арбитража), п. 2 ст. 52 Закона об арбитраже (основания отмены арбитражного решения).

Ссылка суда апелляционной инстанции на подпункты 4), 5) ст. 5 и ст. 48 Закона об арбитраже предполагает наличие одного из оснований для отмены арбитражного решения, указанных в п. 1 ст. 52 Закона об арбитраже. Именно там законодатель указал их исчерпывающий перечень. Все они относятся к существенным нарушениям процедуры арбитражного разбирательства, должны быть надлежащим образом обоснованы (доказаны) как лицом, обратившимся с хо-

¹ Анализ и оценка правовой позиции кассационной инстанции, вытекающие из Постановления 15.01.2019, будут изложены ниже.

² Отметим небрежность суда апелляционной инстанции при цитировании нормативных документов, ибо в тексте Определения 25.04.2018 нет ни одного полного наименования акта. Полагаем, что это само по себе должным образом его характеризует.

датайством об отмене арбитражного решения, так и судом, его разрешающим¹. Но ни доказательств, ни оснований в Определении 25.04.2018 нет.

Поэтому наибольшее внимание заслуживает ссылка на основание, предусмотренное подп. 1) п. 2 ст. 52 Закона об арбитраже² – *противоречие арбитражного решения публичному порядку Республики Казахстан*, который легально и в самом общем виде определен в подп. 1) ст. 2 Закона. Именно это основание требует специального рассмотрения, что и будет сделано в последующем.

Во-вторых, в Определении 25.04.2018 есть ссылка на п. 2 ст. 5 Нью-Йоркской конвенции и нормы «...декларации прав человека ООН и конвенции о защите прав человека и основных свобод». По этим причинам делается вывод о том, что «...нарушение данных прав в рамках арбитража также может быть квалифицировано как нарушение публичного порядка» (с. 2 Определения 25.04.2018).

Можно предположить, что под словом «декларации прав человека ООН» имеется в виду «Всеобщая декларация прав человека, принятая на третьей сессии Генеральной Ассамблеи ООН 10 декабря 1948 года»³, а конвенцией о защите прав человека и основных свобод названа «Европейская конвенция о правах человека, ETS №005, принятая в Риме 4 ноября 1950 года»⁴. Ссылок на статьи данных документов Определение 25.04.2018 не содержит. При этом сведений о ратификации (присоединении) Республики Казахстан к Европейской конвенции о правах человека обнаружить не удалось.

¹ Это утверждение ниже будет обосновано особо.

² Следует отметить еще один пример небрежности суда апелляционной инстанции при цитировании Закона об арбитраже. Дело в том, что п. 2 ст. 52 Закона содержит два (!) основания отмены арбитражного решения. Судом было использовано только одно, а второе (подп. 2) – спор, по которому вынесено арбитражное решение, не может являться предметом арбитражного разбирательства по законодательству Республики Казахстан) в тексте Определения 25.04.2018 никак не упомянуто. Считаем, что данное обстоятельство свидетельствует о формальном подходе суда к разрешению спора.

³ URL: <http://www.un.org/ru/universal-declaration-human-rights/index.html> (дата обращения: 10.10.2018).

⁴ С изменениями и дополнениями по состоянию на 11.05.1994 года.

С Нью-Йоркской конвенцией дело обстоит несколько проще. Кто мало-мальски знаком с международными документами по вопросам арбитража без особого труда скажет, что в Определении 25.04.2018 речь идет о «Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, принятой в Нью-Йорке 10 июня 1958 года» (далее – Нью-Йоркская конвенция)¹. Однако, что очевидно из названия, ее положения применяются только к *отношениям, возникающим по признанию и приведению в исполнение иностранных арбитражных решений* (п. 1 ст. 1 Нью-Йоркской конвенции). Предмет же спора был иной – отмена решения КМА. Последнее едва ли может быть признано решением иностранного арбитража. КМА создан и функционирует на территории Республики Казахстан. Иначе говоря, суд применил закон, не подлежащий применению, что относится к частному случаю неправильного применения норм материального права (подп. 2) п. 2 ст. 427 ГПК). Заметим, что правила ст. 5 Нью-Йоркской конвенции (1) практически идентичны положениям ст. 52 Закона об арбитраже и (2) в ней только упоминается о противоречии публичному порядку страны, в которой запрашивается исполнение. Но сам термин никак не раскрывается. Поэтому ссылка на этот документ бессмысленна и юридически несостоятельна.

В-третьих, суд апелляционной инстанции использовал два положения Гражданского кодекса Республики Казахстан. Это правила (а) п. 5 ст. 403 ГК о последствиях расторжения договора при существенном нарушении договора одной из сторон и (б) п. 4 ст. 9 ГК об убытках². Иначе говоря, *вник в существо спора*.

Изложенное позволяет нормативное обоснование правовой позиции суда апелляционной инстанции оценить следующим образом:

¹ Республика Казахстан присоединилась к Конвенции в соответствии с Указом Президента РК от 4 октября 1995 г. №2485.

² Особо отметим то, что на с. 3 Определения 25.04.2018 приводится определение термина «задолженность», источник которого не определен. В ГК соответствующего понятия нет, но оно используется в контексте определенных правил. Наиболее близким к анализируемой ситуации является норма п. 2 ст. 282 ГК о денежном обязательстве.

1) Очевидная небрежность в цитировании нормативных правовых актов. По нашему мнению, для актов суда это является недопустимым. Согласно п. 1 ст. 224 ГПК решение суда должно быть законным и обоснованным. Верховным Судом было отмечено, что «решение является законным тогда, когда оно вынесено с соблюдением норм процессуального права и в полном соответствии с нормами материального права, подлежащими применению к данному правоотношению, или основано на применении в необходимых случаях закона, регулирующего сходное отношение, либо исходит из общих начал и смысла гражданского законодательства и требований добросовестности, разумности и справедливости», а «мотивировочная часть начинается с изложения правовых норм, на основании которых суд принял решение. Исходя из их содержания, суд определяет круг обстоятельств, имеющих значение для дела»¹. Кроме того, подобный прием не позволяет понять не только название нормативного правового акта², но и редакцию правил, на которых основана правовая позиция суда. Это особенно важно при постоянном изменении действующего законодательства. В противном случае обеспечить истинную законность судебных актов просто невозможно.

2) Отмена решения КМА была мотивирована ссылкой на нарушения публичного порядка, которые были «очевидными» для суда апелляционной инстанции, но никак нормативно не обоснованы. Ни одно из оснований для отмены арбитражного решения, указанных в п. 1 ст. 52 Закона об арбитраже и относящиеся к процедуре арбитражного разбирательства, судом не установлены.

3) Цитирование и анализ правил ГК указывают на разрешение спора между участниками арбитражного разбирательства по существу, что по действующему ГПК Закону об арбитраже является недопустимым и может квалифициро-

¹ См., соответственно, абзац 2 п. 5 и абзац 1 п. 11 Нормативного постановления Верховного Суда Республики Казахстан от 11 июля 2003 года №5 «О судебном решении».

² Заметим, что правила цитирования нормативного правового акта приведены в п.п. 5 и 6 ст. 25 Закона Республики Казахстан от 6 апреля 2016 года №480-V «О правовых актах».

ваться как *нарушение правил о компетенции судов при разрешении споров об отмене арбитражных решений*.

Правовую позицию суда кассационной инстанции, изложенную в Постановлении 15.01.2019, можно сформулировать в трех тезисах.

Во-первых, сторона, заявляющая ходатайство об отмене арбитражного решения, в силу подпунктов 1)-6) п. 1 ст. 52 Закона об арбитраже, обязана представить доказательства наличия определенных обстоятельств, указанных в законе. В ходатайстве ответчика такие доказательства приведены не были.

Во-вторых, апелляция применила закон, не подлежащий применению. Речь идет о Нью-Йоркской конвенции 1958 года «О признании и приведении в исполнении иностранных арбитражных решений». Мотивы ее неприменения заключались в том, что участники спора являются резидентами Республики Казахстан, решение КМА, постановленное в Республике Казахстан, будет исполняться на его территории.

В-третьих, что наиболее существенно для анализируемой ситуации, было дано правоприменительное толкование «нарушение публичного порядка» как основания отмены решений арбитражей (подп. 1) п. 2 ст. 52 Закона об арбитраже).

Здесь имеют значение два обстоятельства. Одно – негативное (указание на то, что не может признаваться таковым), второе – позитивное (т.е. как понимать анализируемое основание).

1) в качестве первого постановлено, что *не является нарушением публичного порядка отказ в удовлетворении ходатайства о назначении экспертизы*. Данное действие поименовано *отказом стороны от права на возражение* (ст. 6 Закона об арбитраже). Иначе говоря, подобное не может быть квалифицировано в качестве нарушения публичного порядка (с. 4 Постановления 15.01.2019).

Аналогичным образом коллегия не признала нарушением публичного порядка различное толкование юридических терминов (понятие «задолженность» вместо указанного в иске понятия «убытки») (с. 4-5 Постановления 15.01.2019);

2) в качестве нормативного толкования высшей судебной инстанции было предложено следующее понимание нарушения публичного порядка: *«арбитражное решение может признано нарушающим публичный порядок Республики Казахстан лишь в том случае, если в результате его исполнения будут совершены действия, либо прямо запрещенные законом, либо наносящие ущерб суверенитету или безопасности государства, затрагивающие интересы больших социальных групп»* (с. 4 Постановления 15.01.2019). На наш взгляд, здесь можно говорить о формировании правовой позиции Верховного Суда, которое может иметь существенное значение как для формирования единообразной судебной практики, так и при рассмотрении аналогичных дел.

Последнее наиболее ценно.

4. Отмена решений арбитражей как одна из форм взаимодействия судов и арбитражей

Законодательство Республики Казахстан содержит правила о различных формах взаимодействия судов и арбитражей.

Мы выделим только три:

1) содействие суда в предоставлении обеспечительных мер и получении доказательств (ст. 39 Закона об арбитраже, ст. ст. 157 и 158 ГПК, п. 2 Нормативного постановления Верховного Суда Республики Казахстан от 12 января 2009 года №2 «О принятии обеспечительных мер по гражданским делам»). Это положительная сторона, которой обеспечивается нормальное функционирование арбитражей как институтов гражданского общества;

2) взаимодействие судов и арбитражей по принудительному исполнению решений последних. Первоначально в этой сфере было несколько проблем¹. Определенным образом эти отношения выстроились и сегодня достаточно успешны. В большинстве случаев суды без особых проблем санкционируют принудительное исполнение арбитражного

¹ См.: Сулейменов М.К., Дуйсенова А.Е. Международный коммерческий арбитраж в Казахстане: перспективы развития // URL: <http://www.zakon.kz/4867583-mezhdunarodnyj-kommercheskij.html> (дата обращения: 10.09.2015).

решения (ст. ст. 253-255 ГПК, ст. ст. 54-57 Закона об арбитраже);

3) третья же форма взаимодействия только складывается. Выше мы ее обозначили как контроль (надзор) судов за деятельностью арбитражей. Возможно, что точнее ее именовать как *особую процедуру проверки результатов деятельности арбитражей* – их решений. Речь идет о правилах главы 56 ГПК (ст. ст. 464 и 465), ст. ст. 52 и 53 Закона об арбитраже, регулирующих соответствующие отношения. Возникает вполне резонный вопрос: *Каковы пределы (границы) подобного контроля со стороны судов?* Полагаем, что во многом от ответа на этот вопрос будет зависеть правовая оценка ситуации с отменой решений арбитражей.

Вначале обратимся к комментарию к ст. ст. 464 и 465 ГПК¹. Но ответа там не находим, т.к., по существу, это только пересказ правил ГПК, чем страдают многие современные комментарии законов. Можно выделить одно важное положение, в котором автор считает, что «по правилам комментируемой главы суды общей юрисдикции не вправе отменять решения иностранных арбитражных судов. Компетентный суд в соответствии с нормами главы 57 ГПК может только отказать в признании и приведении в исполнение решения иностранных арбитражей»². Для темы настоящей статьи это утверждение можно несколько переиначить: *суды не обладают компетенцией по проверке решений иностранных арбитражей. Они могут это сделать лишь при решении вопросов их принудительного исполнения на территории Республики Казахстан* (ст. 501, ст. 255 ГПК). Обратим внимание на определенную тождественность оснований отмены и признания и (или) приведения в исполнение арбитражных решений (ср. правила ст. 52 и ст. 57 Закона об арбитраже, ст. 255 ГПК). Отмеченная схожесть оснований не исключает отличий этих институтов между собой, но делает возможной выработку *унифицированных подходов при толковании соответствующих оснований каждого из них.*

¹ Комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Республики Казахстан. – Астана: Библиотека Верховного Суда Республики Казахстан, 2016. – 808 с. Автор комментария к ст.ст. 464 и 465 ГПК – Б.А. Жулманов.

² Комментарий ГПК. С. 734.

Ибо толкование термина «публичный порядок», что будет вполне очевидно из последующего анализа, во многих случаях идентично.

Первоначально, для правильной оценки степени влияния судов на решения арбитражей, следует обратить внимание не только на содержание соответствующих нормативных предписаний, но и расположение (место) соответствующих правил в ГПК.

Структурно глава 57 находится в разделе 3 «Производство по пересмотру судебных актов» ГПК. Это означает, что законодатель *решение арбитражей рассматривает в качестве судебных актов* и никак иначе. Это самостоятельная разновидность производства (процесса), существующая наряду с тремя прочими (апелляционное, кассационное и пересмотр по вновь открывшимся обстоятельствам).

Дополнительно на самостоятельность производства по отмене арбитражных решений указывают следующие обстоятельства:

1) *сокращенный перечень лиц, имеющих право на принесение ходатайства*. Прежде всего – стороны арбитражного разбирательства. Третьи лица обладают таковой возможностью только если они не были привлечены к участию в деле, но в отношении прав и обязанностей которых арбитраж принял решение по основаниям, предусмотренным законом (п. 1 ст. 464 ГПК). Также для нас очевидно отсутствие у органов прокуратуры соответствующих полномочий (см. правила п. 3 ст. 401, п. 2 ст. 435, п. 1 ст. 457 ГПК);

2) *особые процессуальные сроки как для подачи ходатайства, так и для его рассмотрения*.

Так, общий срок для подачи ходатайства об отмене решения арбитражей установлен в течение *одного месяца* со дня получения арбитражного решения (п. 1 ст. 464 ГПК). Он может быть восстановлен по основаниям и в рамках процедуры, предусмотренными п.п. 2-7 ст. 126 ГПК. Формально срок для подачи ходатайства об отмене решения арбитражей похож на общий срок для апелляционного обжалования (см. п. 3 ст. 403 ГПК), но существенным образом отличается от срока на кассационное обжалование (п. 1 ст. 436 ГПК) и пересмотра по вновь открывшимся обстоятельствам (п. 1 ст. 457 ГПК).

Более существенное значение имеет срок рассмотрения ходатайства об отмене решения арбитража. По общему правилу, он составляет *десять дней*, но может быть продлен, в случае необходимости представления дополнительных доказательств, на срок до *одного месяца*¹;

3) *особый акт суда*, принимаемый по итогам рассмотрения ходатайства – определение (п. 4 ст. 465 ГПК).

В теории гражданского процесса принято разграничивать акты суда по содержательным признакам. Например, Д.А. Фурсов указывает, что «в судебном решении отражается результат рассмотрения заявленных требований по существу. В судебном определении, напротив, имеет место рассмотрение только отдельных процессуальных вопросов (о принятии заявления к производству, результатах рассмотрения заявления о принятии обеспечительных мер, ходатайства о назначении экспертизы). Лишь некоторые судебные определения свидетельствуют о завершении производства по делу (об оставлении иска без рассмотрения, о прекращении производства по делу, в том числе в связи с утверждением мирового соглашения, отказом от иска). Но и эти определения не предполагают рассмотрения заявленного требования в полном объеме. Вынося такие определения, суд проверяет на предмет соответствия закону и интересам иных лиц условий мирового соглашения или отказа от иска, но не оценивает представленные доказательства, отказывается от подробного выяснения обстоятельств дела и доводов сторон»².

Примерно аналогичные нормативные положения о судебных актах содержит и ГПК, различая их на акты, разрешающие гражданские дела по существу (судебные решения (ст. 223 ГПК), или постановления (ст.ст. 425, 444, 451 ГПК)) и акты, которым дело не разрешается по существу (т.е. определения, ст. 268 ГПК).

¹ Сравни со сроками иных процедур по пересмотру судебных актов (ст. 415, ст. 436, п. 2 ст. 457 ГПК), так и со сроками рассмотрения гражданских дел судами первой инстанции (ст. 183 ГПК).

² Фурсов Д.А., Харламова И.В. Теория правосудия в кратком трехтомном изложении по гражданским делам. Том второй: Гражданское судопроизводство как форма отправления правосудия. – М.: Статут, 2009. – 599 с. С. 429.

Подобное легальное и доктринальное различие судебных актов позволяет заключить вывод о том, что *определение суда по результатам рассмотрения ходатайства об отмене арбитражного решения является вспомогательным процессуальным документом, которым разрешается соответствующий спор не по существу, но только по вопросам, определенным законом* (ст. 52 Закона об арбитраже). Очевидно, что указанные особенности свидетельствуют о незначительной формализации процесса отмены решения арбитражей, возможном предположении законодателя в том, что это деятельность суда, не требующая ни серьезных временных, ни интеллектуальных затрат.

Изложенное еще раз подтверждает ранее сделанный вывод о том, что *содержание Определения 25.04.2018 указывает на превышение компетенции судом апелляционной инстанции*, т.к. его деятельность свелась к проверке содержания решения КМА на предмет его соответствия закону (ГК).

5. Особенности применения правил о публичном порядке как основании отмены решений арбитражей

Первоначально сделаем краткий анализ еще одного случая отмены решения КМА, вызвавшего широкое обсуждение в казахстанском профессиональном сообществе.

6 апреля 2016 года КМА было вынесено решение по исковому заявлению компании Н. к компании J. о взыскании двойной суммы задатка за неисполнение обязательств. Этим решением КМА исковые требования истца были удовлетворены частично.

Определением Специализированного межрайонного экономического суда г. Алматы от 27 июня 2016 года решение КМА от 6 апреля 2016 года было отменено. 10 августа 2016 года определением апелляционной судебной коллегии по гражданским делам Алматинского городского суда оно было оставлено без изменения (далее – Определение 2016).

Постановлением судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Республики Казахстан от 16 мая 2017 года Определения 2016 были отменены, решение КМА от

06 апреля 2016 года оставлено в силе (далее – Постановление ВС 16.05.2017).

Суть правовой позиции Определений 2016 можно вкратце обозначить следующей формулой: *отмена решения КМА от 6 апреля 2016 года произошла вследствие нарушения законности и публичного порядка Республики Казахстан.*

В Постановлении ВС 16.05.2017 эта позиция была признана несостоятельной по двум причинам:

1) «...суды исходили из требований подпункта 5) пункта 2 статьи 52 Арбитражного регламента КМА, согласно которому решение может быть обжаловано сторонами в компетентном суде в порядке, установленном гражданским процессуальным законодательством Республики Казахстан, если решение противоречит принципу законности. ...регламент КМА не является нормативным актом либо международным договором, следовательно, нормы указанного регламента не могут быть приняты судом в качестве основания для проверки законности решения арбитража. Такие основания для отмены решения не предусмотрены и Законом «Об арбитраже»» (с. 2-3 Постановления ВС 16.05.2017);

2) при рассмотрении ходатайства об отмене арбитражного решения «...не были представлены доказательства, подтверждающие, что оспариваемое решение, вынесенное по спору между двумя иностранными коммерческими компаниями, противоречит публичному порядку Республики Казахстан» (с. 3 Постановления ВС 16.05.2017).

Иначе говоря, (а) основания для отмены решений арбитражей должны быть *предусмотрены Законом об арбитраже* и (б) в судебных актах должны быть приведены *надлежащие доказательства противоречия публичному порядку Республики Казахстан.*

Очевидно, что правовая позиция Верховного Суда, выраженная в Постановлении ВС 16.05.2017, выработана для разрешения конкретной ситуации и не является универсальной. Она была бы таковой, если бы было дано (а) толкование термина «публичный порядок» и (б) его соотношения с принципом законности. Для рассмотренного и аналогичных случаев подобное толкование приобрело бы прецедентный

характер и стало серьезным ориентиром для нижестоящих судов при рассмотрении аналогичных дел¹.

Кроме того, представляется ошибочным непринятие во внимание Верховным Судом ряда аргументов, высказанных в качестве реакции юридической общественности на принятие Определений 2016.

До вынесения Верховным Судом Постановления ВС 16.05.2017 соответствующие аргументы были изложены в трех известных нам публикациях: 1) Сулейменов М.К. Как судья по своему разумению законы трактовала²; 2) Открытое письмо арбитражей в Верховный Суд Республики Казахстан и Министерство юстиции Республики Казахстан³ (далее – Открытое письмо); и 3) Сулейменов М.К. Судейский беспредел продолжается⁴.

Приведем только общую позицию постоянно действующих арбитражей из Открытого письма, разделяемую нами:

«Закон предусматривает в исключительных случаях возможность отмены арбитражных решений также через систему государственных судов.

Суд имеет право отменить решение арбитража лишь по основаниям, установленным Законом (ст. 52 Закона об арбитраже). А эти основания предусматривают только нарушение арбитражем процессуальных норм (спор неподведомственен арбитражу или выходит за рамки арбитражного

¹ Следует заметить, что формирование «прецедентной» правовой позиции Верховного суда при разрешении конкретных дел является весьма редким случаем. Чаше всего они формулируются в других документах: 1) обобщениях судебной практики и 2) нормативных постановлениях.

Мы полагаем, что любое решение высшей инстанции должно четко и недвусмысленно выражать позицию Верховного суда по разрешению конкретного спора. Именно подобный подход будет способствовать предсказуемости судебной практики, что выступает одним из приоритетов развития судебной системы Казахстана.

Подобный пример как раз и представляет правовая позиция, выраженная в Постановлении 15.01.2019, проанализированная выше.

² См.: URL: <http://www.zakon.kz/4804098-kak-sudja-po-svoemu-razumeniju-zakony.html> (дата обращения: 07.07.2016).

³ URL: <http://www.zakon.kz/4810408-otkrytoe-pismo-arbitrazhejj-v.html> (дата обращения: 20.08.2016).

⁴ URL: <http://www.zakon.kz/4814246-sudejskijj-bespredel-prodolzhaetsja.html> (дата обращения: 30.08.2016).

соглашения, сторона не была уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве, состав арбитража или арбитражная процедура не соответствовали соглашению сторон и т.п.).

Из этого вытекает, что *суд не имеет права вмешиваться в решение арбитража по существу, не может анализировать и опровергать аргументы арбитража и нормы закона, на которых основываются эти аргументы.*

Это является основным принципом арбитражного разбирательства во всем мире: *решение арбитража окончательное и по существу спора обжаловано быть не может.* Смысл такого принципа заключается в том, что арбитраж является альтернативной процедурой по отношению к государственным судам. Стороны сами выбирают арбитров, которые являются независимыми и принимают решения в условиях, исключающих вмешательство в их деятельность государственных органов (ст. 7 Закона об арбитраже).

Если допустить обжалование решения арбитража по существу, *арбитраж превратится просто в еще одну судебную инстанцию*, решения которой можно обжаловать во все вышестоящие инстанции, вплоть до Верховного Суда» (выделено мною. – С.С.).

Далее, подобная позиция получила развитие на заседании круглого стола, проведенного Верховным судом 30 июня 2017 года, на тему «Некоторые вопросы применения Закона Республики Казахстан «Об арбитраже»». На нем был принят ряд рекомендаций, можно полагать и для нижестоящих судов в том числе, которые представляют интерес для темы настоящей статьи¹.

«Необходимо отметить, что применение института публичного порядка возможно в исключительных случаях, когда принудительное исполнение арбитражного решения посягает на основы правопорядка Республики Казахстан. В связи с этим судам при отмене решения по данному основанию следует мотивировать, какой конкретно пу-

¹ См.: Рекомендации круглого стола «Некоторые вопросы применения Закона Республики Казахстан «Об арбитраже» // URL: <http://sud.gov.kz/rus/content/rekomendacii-kruglogo-stola-nekotorye-voprosy-primeniya-zakona-respubliki-kazahstan-ob> (дата обращения: 10.10.2018). Далее – Рекомендации.

бличный порядок нарушен и каким образом решение арбитража противоречит публичному порядку» (абзац 2 п. 6 Рекомендаций).

«11. Перечень оснований отмены арбитражного решения, предусмотренный статьей 52 Закона, является исчерпывающим и не подлежит расширительному толкованию.

12. Сторона, против которой вынесено арбитражное решение, должна представить доказательства наличия оснований для отмены арбитражного решения, предусмотренных пунктом 1 статьи 52 Закона.

Суд не вправе пересматривать арбитражное решение по существу.

13. Содержание пункта 2 статьи 52 Закона, согласно которому арбитражное решение отменяется судом в случае определения, что арбитражное решение противоречит публичному порядку Республики Казахстан и что спор, по которому вынесено арбитражное решение, не может являться предметом арбитражного разбирательства по законодательству Республики Казахстан, входит в круг обстоятельств, подлежащих выяснению судом, независимо от того, что сторона, обратившаяся в суд с заявлением об отмене арбитражного решения, не ссылается на данное основание.

Обстоятельства, предусмотренные пунктом 2 статьи 52 Закона, в случае их установления судом, являются безусловным основанием для отмены решения суда» (п.п. 11-13 Рекомендаций. Выделено мною. – С.С.).

Еще одной серьезной публикацией, появившейся как реакция юридической общественности на принятые Определения 2016, является статья А.К. Калдыбаева и А.В. Линника¹. Особенно важны рекомендации по толкованию и применению понятия «публичный порядок» в международной практике и практике отдельных государств.

В контексте анализируемой ситуации можно привести несколько цитат из этой статьи.

«Законодательство ограничивает основания, влекущие отмену или отказ в исполнении арбитражных решений. Их характер не связан с возможностью ревизии арбитражного

¹ См.: Калдыбаев А.К., Линник А.В. Применение понятия «публичный порядок» в арбитраже // URL: <https://www.zakon.kz/4866591-primeneniye-ponyatiya-publichnyu.html> (дата обращения: 28.09.2018).

решения по существу спора. *Нельзя отменить*, например, *арбитражное решение по мотивам неполноты исследования обстоятельств дела, неправильной оценки доказательств или применения не того закона.*

Компетентный государственный суд проверяет лишь доводы возражающей против решения стороны с точки зрения соблюдения норм, которые касаются арбитражной юрисдикции и процедур разбирательства. Отмена решения или отказ в его исполнении допускаются, когда спор неподдомственен арбитражу, сторона не была уведомлена о назначении арбитра и арбитражном разбирательстве, процедура не соответствовала соглашению сторон и в других конкретных случаях»¹ (выделено мною. – С.С.).

Интересны приведенные авторами перечни теоретических случаев нарушений материального и процессуального публичного порядка в арбитраже, примеры практических случаев, которые не подпадают под нарушение публичного порядка². Из числа последних приведем только два из них, которые в определенной степени могут быть экстраполированы на анализируемую ситуацию.

1) Примеры о недостаточной мотивированности арбитражного решения.

Верховный суд Португалии решением от 10 июля 2008 года признал отсутствие нарушения публичного порядка при недостаточном или ненадлежащем мотивировании арбитражного решения³.

Судебная практика Австрии (решение Верховного суда от 28 сентября 2016 года) придерживается мнения, что отсутствие надлежащего обоснования или недостаточное обоснование арбитражного решения не является нарушением публичного порядка Австрии⁴.

¹ Калдыбаев А.К., Линник А.В. Указ. соч.

² Там же.

Авторы ссылаются на Резолюцию 2/2002 Комитета по международному коммерческому арбитражу Ассоциации международного права (ИА) (ссылка 9 в статье). Далее будет указан номер ссылки и сам источник из цитируемой статьи.

³ Ссылка 18: <http://www.bch.pt/ARB022415cm2.pdf>.

⁴ Ссылка 19: <http://kluwerarbitrationblog.com/2016/12/24/austrian-supreme-court-establishes-new-standards-as-regards-the-decisive-underlying-reasoning-of-arbitral-awards/>.

2) *Пример необращения арбитража к эксперту для расчета убытков.*

Апелляционный суд Турции в своем решении от 22 июня 2016 года признал, что арбитраж имеет право решать, обращаться ли к эксперту за расчетом убытков или нет. Любой из вариантов решения не будет считаться нарушением публичного порядка¹.

И последнее. Можно присоединиться к выводу авторов о том, что «...ссылка на нарушение публичного порядка является самым популярным основанием, последним аргументом проигравшей стороны для обращения за отменой арбитражного решения или отказом в его исполнении. Практически любое нарушение применения законодательства или его неправильное применение, по мнению обжалующей стороны, может являться предметом рассмотрения в государственном суде. ...В этой связи очень важно судам иметь четкое понимание случаев действительного нарушения публичного порядка. Если такое понимание будет искаженным, то это отрицательным образом скажется на эффективности арбитража и защиты участников гражданского оборота, в том числе инвесторов.

Самая главная опасность – это *пересмотр судом арбитражного решения по существу со ссылкой на нарушение публичного порядка*. Тем самым арбитраж будет лишен одного из своих главных достоинств – *окончательности решения*. В этой связи требуется придерживаться ограниченного подхода толкования публичного порядка» (выделено мною. – С.С.).

В этом плане весьма показателен опыт Российской Федерации по применению правил о публичном порядке². Обращает внимание обобщение соответствующей судебной практики, которое проводилось ныне упраздненным Высшим Арбитражным Судом, но до сих пор применяемое как

¹ <http://www.mondaq.com/turkey/x/568466/Civil+Law/Turkish+Court+of+Appeals+The+Arbitral>.

² См., например, Арбитрабельность и публичный порядок // Практика ВС и арбитражных судов округов за II квартал 2018 года // URL: https://zakon.ru/discussion/2018/08/07/arbitrabelnost_i_publichnyj_poryadok_praktika_vs_i_arbitrazhnyh_sudov_okrugov_po_voprosam_arbitrazh (дата обращения: 10.10.2018). Раздел 4 указанного обзора.

самим Верховным судом Российской Федерации, так и нижестоящими судами¹.

Здесь важен один из последних примеров, в котором Верховный суд РФ применил известный принцип эстоппеля: «Поскольку в настоящем случае о факте предъявления предпринимателем дополнительного соглашения третейскому суду в качестве основания для подачи иска заявителю было известно на стадии третейского разбирательства, отсутствие заявления о том, что третейский суд не обладал компетенцией, в начале третейского разбирательства и дальнейшее бездействие заявителя в процедуре третейского разбирательства не может рассматриваться, исходя из обстоятельств конкретного правоотношения и при отсутствии доводов по существу спора, как добросовестное процессуальное поведение и влечет за собой утрату права на возражение (эстоппель) в государственном суде»².

Иначе говоря, *оспаривать решение третейского суда на основании отсутствия у последнего компетенции рассматривать спор необходимо в ходе третейского разбирательства*. Подобные заявления, сделанные позже, свидетельствуют о *недобросовестном поведении заявителя*, что не соответствует правилу п. 4 ст. 8 ГК.

Представляет несомненный интерес одна из последних публикаций известного специалиста России в сфере международного частного права А.В. Асоскова³. В ней автором представлен интересный алгоритм, в соответствии с которым следует оценивать наличие оснований для применения

¹ См., например, Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 26.02.2013 №156 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел о применении оговорки о публичном порядке как основания отказа в признании и приведении в исполнение иностранных судебных и арбитражных решений» // URL: http://www.arbitr.ru/as/pract/vas_info_letter/82122.html (дата обращения: 10.10.2018).

² См.: Определение ВС РФ от 21.09.2018 №305-ЭС18-6787 // Документ цитируется по СПС КонсультантПлюс.

³ Асосков А.В. Нарушение публичного порядка как основание для отказа в принудительном исполнении решений международных коммерческих арбитражей, принятых на территории Российской Федерации // Закон. 2018. №9. С. 134-142.

оговорки о публичном порядке, а проведенный анализ позволил сформулировать ряд важных выводов:

«1) для отказа в приведении в исполнение решения международного коммерческого арбитража по мотиву нарушения публичного порядка государственный суд должен установить совокупное наличие двух признаков: (1) нарушение (а) фундаментальных (основополагающих) начал (принципов) российской правовой системы или (б) российских норм непосредственного применения (сверхимперативных норм), которое (2) имеет последствия в виде нанесения ущерба суверенитету или безопасности государства, затрагивает интересы больших социальных групп либо нарушает конституционные права и свободы частных лиц;

2) к публичному порядку РФ могут относиться только такие фундаментальные (основополагающие) принципы, которые являются универсальными для всей российской правовой системы и выступают базовыми для экономического, политического или социального устройства РФ. Принципы, свойственные отдельным российским правовым институтам (например, принципы толкования договора, принципы, характеризующие набор доступных кредиторам средств гражданско-правовой защиты, а также набор доступных для должника возражений против заявленных требований, и т.п.), напротив, не обладают такими признаками, а потому не входят в содержание понятия публичного порядка РФ;

3) в содержание понятия публичного порядка РФ входят российские нормы непосредственного применения (сверхимперативные нормы) в значении ст. 1192 ГК РФ, но не обычные императивные нормы российского права. Нарушение или неправильное толкование обычной императивной нормы российского права не может являться основанием для применения оговорки о публичном порядке»¹.

В заключение отметим еще одно обстоятельство. Речь идет об отмененном Нормативном постановлении Верховного Суда Республики Казахстан от 23 декабря 2005 года №10 «О применении судами некоторых норм законодательства о принудительном исполнении решений третейских судов». Казалось бы, причины отмены очевидны: утратили

¹ Асосков А.В. Указ. соч. С. 141.

силу законы, утрачивает силу принятое для их разъяснения и нормативное постановление. Это так. Но при постоянном изменении действующего законодательства, отсутствии замены этого документа другим можно было сохранить действие это акта, переработав содержание отдельных положений, адаптировав с действующими правилами.

Так, например, относительно анализируемой ситуации важна правовая позиция, выраженная в п. 10 следующего содержания:

«10. В выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение может быть отказано по основаниям, предусмотренным статьей 241-3 ГПК и статьей 48 Закона¹, которые являются исчерпывающими и расширительному толкованию не подлежат.

Доказательства для отказа в выдаче исполнительного листа, предусмотренные подпунктом 1) статьи 241-3 ГПК, представляются стороной, против которой принято решение третейского суда.

Указанные основания проверяются компетентным судом лишь с точки зрения соблюдения процессуальных норм, и суд не вправе пересматривать решение третейского суда по существу.

Основания для отказа в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение, предусмотренное подпунктом 2) статьи 241-3 ГПК, устанавливаются судом.

Соответствие решения третейского суда публичному порядку Республики Казахстан проверяется судом. Применение института публичного порядка возможно в исключительных случаях, когда принудительное исполнение решения третейского суда посягает на основы правопорядка Республики Казахстан» (выделено мною. – С.С.).

Изложенное выше позволяет еще раз оценить правовую аргументацию суда апелляционной инстанции, изложенную в Определении 25.04.2018: *она не соответствует ни действующему законодательству Казахстана, ни рекомендациям Верховного Суда, ни его ранней позиции по отмене ре-*

¹ Здесь цитируются положения отмененных законов: 1) Гражданского процессуального кодекса Республики Казахстан от 13 июля 1999 года и 2) Закона Республики Казахстан от 28 декабря 2004 года №22-III «О третейских судах».

шений третейских судов. При этом вполне очевидно тождество с примерами практических случаев ряда зарубежных государств, не подпадающих под нарушение публичного порядка. Правовая позиция Определения 25.04.2018 становится еще более неочевидной с позиций приведенных доктринальных определений публичного порядка. Ничем подобным оно не может похвастать. Ибо не установлено никаких негативных последствий ни для государства, ни для казахстанского общества. Единственное исключение – интересы самого заявителя, которые едва ли могут претендовать на нарушение публичного порядка.

Выше мы уже отмечали о перечнях теоретических случаев нарушений материального и процессуального публичного порядка в арбитраже, приведенных А.К. Калдыбаевым и А.В. Линником. Из этого перечня лишь один тезис может иметь косвенное отношение к правовой позиции суда, выраженной в Определении 25.04.2018: «лишение стороны права быть заслушанным (права представлять доказательства, представлять объяснения)»¹.

Не думаем, что этот довод может иметь сколько-нибудь серьезное значение. Описательная часть решения КМА содержит множество данных об участии представителей ТОО «Ш.» во всех заседаниях состава арбитров КМА, активном использовании ими прав по представлению доказательств, даче пояснений и возражений, реализации иных прав стороны арбитражного разбирательства.

Поэтому Определение 25.04.2018 являет собой пример разрешения спора по существу, которое стыдливо прячется под тенью «публичного порядка». Именно поэтому оно едва ли обладает свойствами законности и обоснованности, необходимыми для каждого акта суда. Скорее, мы имеем еще один случай неправильного, а возможно, и ангажированного, применения судом законодательства Республики Казахстан об отмене решений арбитража. Более того, подобные факты позволяют недобросовестному лицу избежать исполнения обязательств, добровольно принятых им в рамках заключенного договора и реализации права на арбитражное разбирательство. Негативных последствий – множество. Нет смысла их перечислять, ибо они очевидны для

¹ Калдыбаев А.К., Линник А.В. Указ. соч.

любого юриста, предпринимателя и просто думающего человека. Поэтому вместо нового предприятия (производства) в Казахстане мы имеем недострой и лицо, «хитро» уклонившееся от надлежащего исполнения договорных обязательств. Получается так, что в этом ему помогал государственный орган. И очень хорошо, что высшая судебная инстанция исправила эту правовую ошибку.

6. Некоторые рекомендации вместо заключения

Изложенное позволяет сделать несколько рекомендаций.

1) Верховному Суду для обеспечения единства и предсказуемости судебной практики отмены арбитражных решений необходимо: (а) обобщить сложившуюся судебную практику и (б) выработать правовые позиции, которые важно отразить в нормативном постановлении по этому вопросу.

2) В правовых позициях по отмене решений арбитражей важно учесть следующие положения, имеющие концептуальный характер:

– само существование и функционирование арбитражей основывается на важнейшем принципе гражданского права – *автономии воли*. Для договоров нормативно это положение закреплено в виде принципа свободы договора (п. 1 ст. 2, ст. 380 ГК), который для арбитражного разбирательства может иметь следующую интерпретацию: (1) стороны свободны в заключении арбитражных соглашений (оговорок), (2) стороны свободны в определении арбитражного института и арбитров, способных рассмотреть их спор, но (3) стороны связаны своим выбором и обязаны следовать решению, вынесенному арбитражем. Попытки обжалования (отмены) арбитражных решений следует рассматривать в качестве *недобросовестного поведения, имеющего целью уклониться от исполнения обязательств, возложенных на участника решением арбитража*;

– необходимо максимально учесть положения Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже от 21 июня 1985 года, с изменениями, принятыми 7 июля 2006 года. Республика Казахстан, к нашему сожалению,

пока еще не ратифицировала этот документ. Он в Казахстане официально не публиковался¹. Между тем в пояснительной записке Секретариата ЮНСИТРАЛ к Типовому закону о международном торговом арбитраже 1985 года с изменениями, принятыми в 2006 году, содержатся интересные рекомендации по применению правил не только об отмене арбитражного решения, но и по иным вопросам;

– важно учесть правовую позицию коллегии Верховного Суда, изложенную в Постановлении 15.01.2019, существо которой заключается в правоприменительном толковании термина «нарушение публичного порядка» как основания отмены решений арбитражей (подп. 1) п. 2 ст. 52 Закона об арбитраже).

3) При выработке соответствующих разъяснений необходимо учесть тождественность оснований отмены и признания и (или) приведения в исполнение арбитражных решений (ср. правила ст. 52 и ст. 57 Закона об арбитраже, ст. 255 ГПК). Конечно, определенное сходство оснований не исключает отличий этих институтов между собой. Это так. Но полагаем, что нет никаких препятствий предложить унифицированное нормативное разъяснение понятия «публичный порядок» при применении соответствующих оснований каждого из них.

И последнее. Считаю, что правила ГПК об отмене решений арбитражей (глава 56 ГПК) относятся к тому, что председатель Верховного Суда назвал «барьерами ГПК»². Их действующая редакция ставит в некую подчиненность арбитражи от судов, делает возможным определенный контроль за их деятельностью, в определенной степени подразумевая проверку содержания решений по существу. Это принципиально неверно, ибо не только нарушает принцип автономии воли в гражданском праве, но и создает причины

¹ См.: Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже 1985 года. С изменениями, принятыми в 2006 году. ООН. Вена, 2008.

Этот документ можно скачать по ссылке в Интернет: http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/ml-arb/07-87000_Ebook.pdf (дата обращения: 15.10.2018).

² См. выступление председателя Верховного суда Ж.К. Асанова // URL: <https://www.youtube.com/watch?v=UBX9AGccgpw> (дата обращения: 12.10.2018).

для коррупционных проявлений, являет пример неоправданного вмешательства государственного института (суда) в деятельность арбитража. Возможно, что для проверки обоснованности или необоснованности состоявшихся решений арбитражных решений будет достаточно правил об их принудительном исполнении. Ибо и здесь возможна проверка соответствия вынесенного решения арбитража критериям, установленным законом. Прочее мы полагаем примером избыточного правового регулирования, чем часто грешит действующее законодательство Казахстана. Можно предложить Верховному Суду дать надлежащее толкование соответствующих нормативных предписаний и инициировать процесс изменений правил гражданского судопроизводства, которое уже было анонсировано его руководством.

Д.Л. Давыденко

**ПРИВЕДЕНИЕ В ИСПОЛНЕНИЕ ВЫНЕСЕННЫХ В
РОССИИ ТРЕТЕЙСКИХ РЕШЕНИЙ НА ПРИМЕРЕ
МОРСКОЙ АРБИТРАЖНОЙ КОМИССИИ ПРИ
ТОРГОВО-ПРОМЫШЛЕННОЙ ПАЛАТЕ
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ**

Морская отрасль традиционно имеет для мировой и российской экономики большое значение. Одним из главных вопросов, связанных с этой отраслью, является эффективное разрешение споров в сфере торгового мореплавания. Морская арбитражная комиссия при Торгово-промышленной палате Российской Федерации (далее – МАК) на протяжении более 85 лет рассматривает споры, возникающие в этой сфере¹. С момента своего образования в 1930 году в МАК рассмотрено более 4000 дел. Таким образом, МАК имеет обширный опыт в области разрешения таких споров и входит в число ведущих мировых центров морского арбитража.

¹ См. Международный коммерческий арбитраж: опыт отечественного регулирования. 80 лет МАК при ТПП СССР/ТПП РФ. 1930-2010 гг.: Сборник избранных документов и аналитических материалов. Размещен на сайте МАК по адресу <http://mac.tpprf.ru/ru/information/>.

Правовой статус МАК определен Законом РФ «О международном коммерческом арбитраже». Положение о МАК является приложением к указанному Закону. В соответствии с Положением о Морской арбитражной комиссии при Торгово-промышленной палате Российской Федерации (Приложение II к Закону Российской Федерации от 07.07.1993 №5338-1 «О международном коммерческом арбитраже») она является самостоятельным постоянно действующим арбитражным учреждением, которое осуществляет деятельность по администрированию споров, вытекающих из договорных и других гражданско-правовых отношений, возникающих из торгового мореплавания. При этом сторонами таких отношений могут являться субъекты российского и иностранного права либо только российского или только иностранного права.

В соответствии с требованиями нового законодательства об арбитраже (третейском разбирательстве) Торгово-промышленной палатой России в 2017 году были утверждены новый Регламент МАК и рекомендованный список арбитров¹. Этот список включает ведущих российских и иностранных специалистов в сфере торгового мореплавания, морского права и арбитража. Среди них – судоводители, корпоративные юристы, адвокаты, авторитетные ученые – специалисты по морскому праву.

По уровню проведения арбитражных разбирательств МАК не уступает ведущим морским арбитражным центрам мира².

¹ См. сайт МАК <http://mac.tpprf.ru/ru/>.

² Подробнее о практике арбитража в МАК: Из практики Морской арбитражной комиссии при Торгово-промышленной палате Российской Федерации. 1987-2005 годы/Под ред. С.Н. Лебедева, А.И. Лободы, Д.Б. Филимонова. – М.: Статут, 2009 – 520 с.; Из практики Морской арбитражной комиссии при Торгово-промышленной палате Российской Федерации. 2005-2010 годы / Сост. А.И. Лобода, Д.Б. Филимонов; Под ред. С.Н. Лебедева, А.И. Лободы, Д.Б. Филимонова. – М.: Статут, 2011. – 447 с.; *Ждан-Пушкина Д.А.* Практика Морской арбитражной комиссии при ТПП РФ по спорам из договоров страхования: 2015-2016 гг. // Морское страхование. №1, 2017. С. 22-29; Кузнецов Э.А. Взгляд не со стороны – 2 // Морское страхование. 2017. №1. С. 30-37; *Маркалова Н.Г.* Удержание груза по договору морской перевозки груза // Труды ИГП РАН. 2017. Том 12. №6. С. 74-92.

Регламент МАК 2017 г. учитывает многолетний опыт разрешения споров в МАК и общемировые тенденции арбитража, в том числе предусматривает наличие общей и ускоренной процедуры арбитражного разбирательства, возможность для истца получить обеспечительные меры еще до формирования состава арбитров¹, широкое использование обмена информацией в электронной форме, возможность соединить несколько требований в одном иске (в том числе предъявить иск из нескольких договоров), возможность объединения арбитражных разбирательств по нескольким делам.

1. Правовое регулирование приведения в исполнение решений третейских судов, вынесенных в России (на примере МАК)

Решения, вынесенные в результате рассмотрения третейским судом, исполняются сторонами добровольно. Решения, не исполненные стороной добровольно, приводятся в исполнение в соответствии с законодательством Российской Федерации и международными договорами Российской Федерации.

На практике во многих случаях решения по делам МАК действительно исполняются добровольно. Некоторые должники также информируют МАК о том, что ими решение добровольно исполнено. Такая практика, несомненно, заслуживает одобрения. Однако, разумеется, время от времени возникают ситуации, когда взыскателю требуется привести в исполнение решение в принудительном порядке. Если должник (либо его имущество) находится на территории России, то решение приводится в исполнение путем обра-

¹ Председатель МАК может по просьбе стороны установить размер и форму обеспечения требования. В частности, вынести постановление о наложении ареста на находящиеся в российском порту судно или груз другой стороны. Председатель МАК вправе потребовать от любой стороны предоставить надлежащее обеспечение в связи с указанными мерами (§ 2 Регламента МАК: «Обеспечительные меры Председателя»). Здесь и далее в сносках имеется в виду Регламент МАК 2017 г.

Обеспечительные меры могут принимать и арбитры (см. § 31 Регламента МАК: «Обеспечительные меры»).

щения взыскателя в компетентный государственный арбитражный суд России. Порядок приведения в исполнение в России решений МАК регулируется главой 30 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации («АПК РФ»), а именно ее § 2 «Производство по делам о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда».

Заявление о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда подается в арбитражный суд субъекта Российской Федерации по месту нахождения или месту жительства должника либо, если его место нахождения или место жительства неизвестно, по месту нахождения имущества должника – стороны третейского разбирательства. По соглашению сторон третейского разбирательства заявление о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда может быть подано в арбитражный суд субъекта Российской Федерации, на территории которого принято решение третейского суда, либо в арбитражный суд субъекта Российской Федерации по месту нахождения стороны третейского разбирательства, в пользу которой принято решение третейского суда (ч. 3 ст. 236 АПК РФ).

Заявление о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда подается в письменной форме. Оно также может быть подано посредством заполнения формы, размещенной на официальном сайте арбитражного суда в сети «Интернет». Заявление рассматривается судьей единолично в срок, не превышающий одного месяца со дня его поступления в арбитражный суд субъекта Российской Федерации (ст. 237 и 238 АПК РФ).

При рассмотрении дела арбитражный суд в судебном заседании устанавливает наличие или отсутствие оснований для отказа в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда, предусмотренных ст. 239 АПК РФ, путем исследования представленных в суд доказательств обоснования заявленных требований и возражений, но не вправе переоценивать обстоятельства, установленные третейским судом, либо пересматривать решение третейского суда по существу.

Арбитражный суд может отказать в выдаче исполнитель-

ного листа на принудительное исполнение решения третейского суда, если сторона третейского разбирательства, против которой вынесено решение третейского суда, представит доказательства того, что:

1) одна из сторон третейского соглашения, на основании которого спор разрешен третейским судом, не обладала полной дееспособностью;

2) третейское соглашение, на основании которого спор был разрешен третейским судом, недействительно по праву, которому стороны его подчинили, а при отсутствии такого указания по праву Российской Федерации;

3) сторона, против которой вынесено решение, не была должным образом уведомлена о назначении третейского суда или о третейском разбирательстве, в том числе о времени и месте заседания третейского суда, либо по другим уважительным причинам не могла представить в третейский суд свои объяснения;

4) решение третейского суда вынесено по спору, не предусмотренному третейским соглашением или не подпадающему под его условия, либо содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы третейского соглашения, и что если постановления по вопросам, охватываемым третейским соглашением, могут быть отделены от тех, которые не охватываются таким соглашением, та часть решения третейского суда, в которой содержатся постановления по вопросам, охватываемым третейским соглашением, может быть признана и приведена в исполнение;

5) состав третейского суда или процедура арбитража не соответствовали соглашению сторон или федеральному закону (ч. 3 ст. 239 АПК РФ).

Кроме того, арбитражный суд отказывает в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда, если установит, что:

1) спор, рассмотренный третейским судом, в соответствии с федеральным законом не может быть предметом третейского разбирательства;

2) приведение в исполнение решения третейского суда противоречит публичному порядку Российской Федерации. При этом если часть решения третейского суда, которая противоречит публичному порядку Российской Феде-

рации, может быть отделена от той части, которая ему не противоречит, та часть решения, которая не противоречит публичному порядку Российской Федерации, может быть признана или приведена в исполнение (ч. 4 ст. 239 АПК РФ).

Аналогичный перечень оснований для отказа в приведении в исполнение арбитражного решения, независимо от того, в какой стране оно было вынесено, установлен ст. 36 Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже», который основан на Типовом законе о международном торговом арбитраже¹. Данный Типовой закон был принят 21.06.1985 г. на 18-й сессии Комиссией по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) и рекомендован Генеральной Ассамблеей ООН для использования государствами в качестве национального закона. Законодательство на основе Типового закона принято в общей сложности в более 110 правовых систем в 80 государствах², что обеспечивает значительную степень единообразия в правилах приведения в исполнение арбитражных решений.

Перечень оснований для отказа в признании и приведении в исполнение арбитражных решений (выдаче исполнительного листа на решения третейских судов) является исчерпывающим.

По результатам рассмотрения заявления о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда арбитражный суд выносит определение. Оно может быть обжаловано в кассационном порядке в арбитражный суд округа в течение одного месяца со дня вынесения определения.

Если в одном и том же арбитражном суде находятся на рассмотрении заявление о выдаче исполнительного листа

¹ См. подробно: Комментарий к Закону Российской Федерации «О международном коммерческом арбитраже»: постатейный, научно-практический / Под ред. А.С. Комарова, С.Н. Лебедева, В.А. Мусина; сост. Г.В. Севастьянов. СПб.: АНО «Редакция журнала «Третейский суд», 2007.

² Статус текстов Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже (1985 год) с изменениями, принятыми в 2006 году https://uncitral.un.org/ru/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status.

на принудительное исполнение решения третейского суда и заявление о его отмене¹, арбитражный суд объединяет указанные дела в одно производство (ч. 5 ст. 238 АПК РФ).

Следует отметить, что реформа российского законодательства об арбитраже (третейском разбирательстве), которая привела к ряду изменений с осени 2016 г.², не затронула существенным образом порядок признания и приведения в исполнение арбитражных решений (выдачи исполнительных листов на их принудительное исполнение), включая круг оснований для отказа в таком признании и приведении в исполнение.

2. Практика приведения в исполнение решений по делам МАК в России

В подавляющем большинстве случаев суды удовлетворили заявления заинтересованных сторон о выдаче исполнительного листа на решения по делам МАК.

Как отмечено выше, российские суды не вправе пересматривать решения третейских судов по существу, однако рассматривают вопрос о том, соответствует ли приведение в исполнение арбитражного решения публичному порядку России. Поэтому должники по третейским решениям обычно заявляют о нарушении третейским судом не просто норм права, а тех или иных **принципов права**, составляющих публичный порядок России. Однако при этом должники нередко фактически пытаются обжаловать решение третейского суда по существу.

Например, известны случаи, когда должник утверждал, что третейский суд «проигнорировал» представленные ответчиком экспертные заключения, учет которых необходим

¹ О практике судов по делам об оспаривании решений МАК см.: *Давыденко Д.Л., Леваева Л.А.*, Вопросы судебной практики по делам об оспаривании решений морской арбитражной комиссии при ТПП РФ / Д.Л. Давыденко, Л.А. Леваева // Закон – 2018 – №11. – С. 155-161.

² В частности, 01.09.2016 года вступил в силу Закон «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» от 29.12.2015 №382-ФЗ, учитывающий положения Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже 1985 г., а также изменения, внесенные в Закон о международном коммерческом арбитраже.

для разрешения спора¹; либо что третейский суд по спору из договора перевозки при рассмотрении дела необоснованно применил положения Кодекса торгового мореплавания РФ о договоре перевозки, поскольку фактически перевозка не осуществлялась²; или же что третейский суд нарушил принцип соразмерности гражданско-правовой ответственности последствиям нарушения обязательства, а также принцип «разумности расходов на оплату услуг представителя», принцип «законности»³.

Как правило, позиция судов в отношении такого рода доводов состоит в следующем. Суды справедливо отмечают, что заявитель, указывая на противоречие решения основополагающим принципам российского права, фактически ссылается на конкретные доказательства по делу, которые получили оценку в ходе третейского разбирательства, и с которой он не согласен, то есть оспаривает решение третейского суда по существу (что закону не соответствует)⁴. Поэтому суды, как правило, признавали такого рода доводы несостоятельными.

В одном из дел должник ссылался на противоречие решения третейского суда публичному порядку РФ на том основании, что третейский суд не учел вступивший в законную силу приговор суда, устанавливающий обстоятельства гибели судна и лиц, виновных в этом, привлеченных к уголовной ответственности по ст. 263 Уголовного кодекса России; при этом никакой иной суд (помимо вышестоящего над судом, постановившем приговор) не имеет законных оснований пересматривать обстоятельства по уголовному делу и привнести в него свои умозаключения.

¹ Определение Арбитражного суда г. Москвы от 21.05.2015 по делу №А40-215753/14.

² Определение Арбитражного суда г. Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 29.12.2015 г. по делу №А56-24663/2014.

³ Определение Арбитражного суда г. Санкт-Петербурга и Ленинградской области по делу от 15.09.2014 по делу №А56-24663/2014.

⁴ Например, Определение Арбитражного суда г. Москвы от 29.12.2015 по делу № А40-160374/15, позиция которого была подтверждена Верховным судом РФ (Определение от 15.08.2016 №305-ЭС16-9690 по делу №А40-160374/2015).

Также см., например, Постановление Арбитражного суда Московского округа от 08.02.2017 №Ф05-22396/2016 по делу №А40-166034/16.

Также должник ссылался на отсутствие у третейского суда полномочий на рассмотрение дела. Однако суд признал этот довод несостоятельным и указал, что третейским судом был рассмотрен именно гражданско-правовой спор, вытекающий из договора страхования судна, на основании третейского соглашения, а в рамках указанного дела – вопрос наличия/отсутствия основания выплаты страхового возмещения, предмет разбирательства – возмещение убытков. В рамках уголовного дела был рассмотрен иной круг вопросов, предмет разбирательства по уголовному делу – гибель людей¹.

В последние годы характерным доводом должника по арбитражному решению в возражение против приведения в исполнение арбитражного решения является ссылка на нарушение решением процессуального публичного порядка РФ, которое выразилось в якобы неравном отношении арбитров к сторонам и нарушении принципа состязательности. Это не является спецификой дел касательно именно решений МАК, а представляет собой определенный «тренд» в делах о приведении в исполнение любых арбитражных решений. А именно, по мнению должника, арбитры рассмотрели не все его доводы и доказательства. В обоснование этого должники ссылались на текст мотивировочной части арбитражного решения, в котором нет отдельного анализа некоторых из его доводов/доказательств.

Как правило, российские суды считают этот довод недостаточным для отказа в выдаче исполнительного листа на решение третейского суда и признают, что доводы о нарушении третейским судом публичного порядка не нашли своего подтверждения.

Например, в одном из дел должник ссылался на то, что решение третейского суда нарушает основополагающие принципы российского права: принцип равноправия и ба-

¹ Определение Арбитражного суда г. Москвы от 29.12.2015 по делу № А40-160374/15. оставлено в силе Постановлением Арбитражного суда Московского округа от 20.04.2016 №Ф05-4462/2016 по делу №А40-160374/2015. Определением Верховного Суда РФ от 15.08.2016 №305-ЭС16-9690 отказано в передаче дела №А40-160374/2015 в Судебную коллегию по экономическим спорам Верховного Суда РФ для пересмотра в порядке кассационного производства данного постановления.

ланса интересов сторон, принцип состязательности процесса; исполнение решения третейского суда означает узаконивание прав недобросовестной стороны, злоупотребившей своими правами. Однако суд указал, что из материалов дела не усматривается нарушение третейским судом МАК при ТПП РФ публичного порядка, основополагающих принципов российского права; доводы фактически направлены на переоценку установленных третейским судом обстоятельств¹.

Вместе с тем для избежания рисков неисполнимости третейских решений в последние годы, арбитры стремятся отразить в арбитражном решении свою позицию по каждому доводу сторон (при том, что количество доводов сторон и объем представляемых ими доказательств, имеют заметные тенденции к росту), что в свою очередь влечет удлинение сроков арбитражного разбирательства и объем решения. Так, в 2007-2018 гг. средний объем арбитражного решения по делу МАК составлял менее 20 страниц, а в 2017-2018 гг. – уже 55 страниц. Таким образом, средний объем арбитражного решения МАК за 10 лет вырос почти в три раза.

Президиумом Верховного Суда РФ в конце 2018 г. был утвержден Обзор практики рассмотрения судами дел, связанных с выполнением функций содействия и контроля в отношении третейских судов и международных коммерческих арбитражей. В нем суд, в частности, указал, что третейское разбирательство и международный коммерческий арбитраж являются альтернативным способом разрешения споров, важные особенности которого состоят в автономии воли сторон, конфиденциальности процедуры и возможности определения ее правил самими сторонами спора, беспристрастности и независимости арбитров, недопустимости пересмотра решения по существу судами, соответствии решения публичному порядку².

¹ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 30.03.2016 г. по делу №А40-107561/2015.

² Обзор практики рассмотрения судами дел, связанных с выполнением функций содействия и контроля в отношении третейских судов и международных коммерческих арбитражей. Утвержден Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 26.12.2018 (абзац 2).

В отличие от решений судов свойством принудительной исполнимости решение третейского суда, международного коммерческого арбитража наделяется только после прохождения установленных процессуальным законодательством процедур получения исполнительного листа на его принудительное исполнение, признания и приведения в исполнение иностранных арбитражных решений. Указанные процедуры предполагают проверку на предмет надлежащего, основанного на законе формирования состава третейского суда, соблюдения процессуальных гарантий прав сторон и соответствия решения третейского суда публичному порядку Российской Федерации, т.е. на предмет соответствия данного частноправового по своей природе акта тем требованиям, которые предъявляются законом для целей принудительного исполнения.

Таким образом, Верховный Суд РФ дополнительно разъяснил нижестоящим судам и сторонам особенности процедуры получения исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда, а также ориентировал судей на сбалансированный подход при рассмотрении такого рода дел.

3. Приведение в исполнение решений по делам МАК за пределами России: пример из практики суда Дании

Порядок приведения в исполнение решений МАК за границей регулируется процессуальным законодательством соответствующих государств. При этом ключевое значение имеют положения Конвенции ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г. (Нью-Йоркской конвенции). В настоящее время в ней участвуют около 160 государств (включая Россию), т.е. она является практически общепризнанной в мире¹.

При этом ст. V Конвенции установлен исчерпывающий перечень оснований для отказа в признании и приве-

¹ United Nations Treaty Collection. https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXII-1&chapter=22&lang=en.

дении в исполнение иностранного арбитражного решения, который в последующем был закреплен в Типовом законе ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже 1985 г. и затем, как указано выше, в российском законодательстве.

Практике известны случаи, когда взыскатель по делу МАК обращался в иностранный суд с заявлением о приведении в исполнение решения. Так, 25 октября 2012 г. 17-м отделением Высокого суда восточных земель Дании было вынесено определение по делу о приведении в исполнение 8 арбитражных решений по делам МАК на общую сумму в несколько миллионов долларов США. Данными решениями была установлена обязанность ответчика (датской компании-фрагтователя) выплатить денежные средства крупной российской судоходной компании за услуги по перевозке нефти. В соответствии с договором перевозки 2004 г. перевозчик в сроки, оговоренные с фрагтователем, обязался принять определенное количество груза и обеспечить его перевозку судами между названными портами отправления и назначения. Фрагтователь обязался поставить определенное количество данного вида груза для перевозки и своевременно оплатить фрахт. Предполагалось, что груз будет поставляться ежегодно в течение периода летней навигации.

Груз для перевозки должен был доставляться в пункт назначения, расположенный на внутренних водных путях Российской Федерации. В пункте назначения груз подлежал передаче на танкер-накопитель, либо нефтяной терминал, либо судоходный морской танкер для дальнейшего экспорта за пределы территории Российской Федерации и стран СНГ.

Впоследствии сторонами было заключено соглашение о расторжении договора перевозки.

При рассмотрении дела датский суд, в частности, сослался на то, что ответчик не был лишен возможности представлять свои интересы по данному делу в МАК, что могло бы послужить основанием для отказа в приведении в исполнение арбитражных решений в соответствии с Законом Дании об арбитраже.

Также суд указал, что согласно доктрине «компетенции-компетенции»¹ третейский суд вправе вынести решение о собственной юрисдикции в отношении рассмотрения конкретного дела. В соответствии с данным принципом третейский суд МАК рассмотрел возражения ответчика относительно того, что в силу соглашения о расторжении договора перевозки он не обладает юрисдикцией для рассмотрения споров между сторонами, придя к выводу о достаточности своих полномочий. Бремя доказывания того, что третейский суд МАК не обладал должной юрисдикцией для рассмотрения спора, с тем, чтобы добиться отмены исполнения арбитражных решений, в соответствии с Законом Дании об арбитраже лежит на ответчике.

Кроме того, суд рассмотрел вопрос о совместимости с принципами датского законодательства возможности признания банкротства взыскателя в свете всех имевшихся сложных обстоятельств дела. В итоге суд не нашел оснований считать исполнение решений МАК явно несовместимым с принципами датского законодательства.

Таким образом, датский суд удовлетворил требования взыскателя о приведении в исполнение решений МАК в Дании.

Следует отметить, что этот пример успешного приведения в исполнение в государстве – члене Европейского Союза вынесенных в СНГ третейских решений не единична: существует, например, практика приведения в исполнение в Германии решений Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ, МКАС при ТПП Украины и МАС при БелТПП².

¹ Подробнее об этом принципе в праве и практике стран региона Содружества независимых государств см.: *Konstantin Voropaev*. The place of the «competence-competence» principle in the CIS countries legislation. CIS Arbitration Forum. 7 May, 2019. <http://www.cisarbitration.com/2019/05/07/the-place-of-the-competence-competence-principle-in-the-cis-countries-legislation/>.

² *Маренков Д.В.* Признание и исполнение решений МКАС при ТПП РФ, МКАС при ТПП Украины и МАС при БелТПП в Германии / Д.В. Маренков // Вестник международного коммерческого арбитража. – 2011. – №2. – С. 34 – 62.

Заключение

Законодательством России предусмотрена процедура, позволяющая привести в исполнение решения третейских судов, включая решения Морской арбитражной комиссии при Торгово-промышленной палате Российской Федерации. Российскими судами уже накоплен достаточно большой опыт по такого рода делам. Верховный Суд Российской Федерации ориентирует российские суды на сбалансированный подход при их рассмотрении. При этом международным правом установлены практически общепринятые стандарты контроля судами в отношении третейских судов, осуществляемого в ходе признания и/или приведения в исполнение третейских решений. При надлежащем толковании и применении национальными судами эти стандарты позволяют при необходимости привести в исполнение решение третейского суда, включая решение по делу МАК при ТПП РФ, в различных странах мира.

Глава 4. ВЗАИМОДЕЙСТВИЕ СУДОВ И АРБИТРАЖЕЙ В СФЕРЕ ПРИМИРИТЕЛЬНЫХ ПРОЦЕДУР

Ф.С. Карагузов

THE LEGAL FRAMEWORK FOR MEDIATION IN KAZAKHSTAN: CURRENT STATE, EXPECTATIONS OF PUBLIC RECOGNITION AND PERSPECTIVES FOR DEVELOPMENT¹

1. The existing situation of ADR in the Republic of Kazakhstan

The legal system of the Republic of Kazakhstan (the “RK”) recognizes a number of alternative means for dispute resolution (“ADR”) including such as arbitration, both international and domestic, and mediation. Although, at present, there no law exists in Kazakhstan operating the term “alternative dispute resolution” directly, some official documents representing conceptions or programs for further social and legislative development refer to ADR and to mediation as an ADR device. Moreover, those documents also call for further introduction of different means of ADR into the Kazakhstan’s legal system.

Particularly, *The Conception of the Legal Policy of the Republic of Kazakhstan adopted by the Decree of the President of the RK dated 20 September 2002 #449* (now expired) proposed that in addition to all efforts in developing the Kazakhstani judicial system alternative methods for settlement of civil-law disputes must be provided for, in particular, with the aim to regulate functioning of arbitration tribunals and to converge to international standards. Later on, in Ch 4 of *The Conception for Development of the Civil Society in the Republic of Kazakhstan for the period of 2006 – 2011 approved by the Decree of the*

¹ Опубликовано в: *New Development in Civil and Commercial Mediation: Global Comparative Perspectives*. Carlos Esplugues and Louis Marquis (Eds.). Springer: Law, IUS Comparatum – Global Studies in Comparative Law, 2015. 754 p. P. 393–431.

President of the RK dated 25 July 2006 #154 there is now stated that in addition to the judicial practice there are alternative ways to settle social, interpersonal conflicts and disputes apply, and there the system to conform (harmonize) interests exists. Currently, in *The Conception of the Legal Policy of the Republic of Kazakhstan for the Period from 2010 till 2020 adopted by the Decree of the President of the RK dated 24 August 2009 #858* (now in force) in Sec 2.7 there is also stated that “establishing of different ways and means for achieving compromises between parties of private-law conflicts (such as mediation, intermediation and others) in both judicial and out-of-court procedures, including, among others, mandatory discussions of a possibility to use some means and conciliation procedures when preparing a case for a court’s settlement, as well as development of out-of-court forms of protection of civil rights” are defined as a guideline for development of the RK’s civil procedural legislation. In addition, in Sec 3.2 of the latest Conception there is also declared that the system of arbitration courts and tribunals shall be further developed.

In line with those conceptual documents approved by the President of Kazakhstan as mentioned above, there three laws were adopted.

The first one is the *Law dated 28 December 2004 “On Arbitration”* (as amended). It regulates terms and conditions of creation and functioning of arbitration tribunals in the RK, as well as procedures for enforcement of their decisions. Particularly, according to its Art 1, it applies with respect to disputes arising out of civil-law relationship with participation of individuals and/or legal entities. Under Art 6 of this Law, arbitration tribunals shall settle such disputes in accordance with legislation of Kazakhstan. Art 32 regulates the terms under which competent courts provide assistance to arbitration tribunals to secure enforcement of future arbitral awards on separate disputes¹. Art 33 of this Law also sets forth that arbitral awards

¹ Please note, that according to definitions included into Art 2 of the Law “On Arbitration” and Art 2 of the Law “On International Arbitration” the term “competent court” means “a court of the judicial system of the Republic of Kazakhstan which in accordance with the civil procedural legislation of the Republic of Kazakhstan is authorized to settle disputes arising out of civil-law relations as the court of first instance”.

are acknowledged to be mandatory for the parties of a respective dispute. Finally, its Art 46 further establishes that when the parties fail to implement an arbitral award such award becomes subject to its enforcement pursuant to execution procedures as provided for by the RK laws on execution of judicial decisions.

The second one is the *Law dated 28 December 2004 “On International Arbitration,”* (also as amended). Its initial title was the Law “On International Commercial Arbitration” and that title was legislatively replaced with the current title in July 2013. The Law regulates those relations arising in the process of functioning of international arbitration on the territory of the RK, as well as procedures and conditions for acknowledgement and enforcement of international arbitral awards in Kazakhstan. Pursuant to its Art 1 the Law “On International Arbitration” applies with respect to disputes arising out of civil-law relationship with participation of individuals and legal entities which disputes are resolvable by international arbitration. Art 6(4)¹ specifically provides for that a dispute can be brought to and settled in the international arbitration if at least one party of the dispute is a non-resident of the Republic of Kazakhstan. According to Art 32 arbitral awards are acknowledged to be mandatory and, when a respective petition is submitted to a competent court, it shall be carried into effect in accordance with the RK civil procedural legislation. Art 25-1 also regulates the terms under which competent courts provide assistance to arbitration tribunals to secure enforcement of future arbitral awards on separate disputes, as well as in collecting evidences.

Both of these Laws concerning arbitration establish certain restrictions with respect to those categories of disputes that cannot be settled in arbitration, including international arbitration. However this is a topic of separate consideration as it goes beyond scope of consideration in this chapter. Nevertheless it should be mentioned that arbitration is considered to represent one of ADR available under the laws of Kazakhstan.

Later on the third act has been passed as the legal framework for another type of ADR. In particular, the RK *Law dated 28 January 2011 “On Mediation”* (the “**Mediation Law**”) has

¹ Please note that each time when a reference to an article of a law is made to being followed by a figure in round brackets such figure indicate a particular clause of the article.

been adopted to create a legal framework for mediation in Kazakhstan¹.

The aforementioned Laws serve as the legal framework for a number of permanently functioning organizations of arbitration and mediation centers. But none of these three Laws expressly defines (in legal terms) arbitration, international arbitration and mediation as types of ADR. However, having an access to dossiers of drafts of all these Laws, which include the RK Government's explanatory notes, conclusions and scientific expert opinions made to accompany the drafts of the Laws when they were submitted to the RK Parliament, one will find that these acts were initially meant to regulate respective types of alternative dispute resolution of civil-law disputes and (as mediation) some other types of conflicts². In addition, in the most of scientific and mass media publications of Kazakhstani scholars, judges and attorneys all three of these procedures are clearly regarded as types of ADR.

In their turn, Kazakhstani scholars have considered the notion of ADR and different types of ADR in their publications. Particularly, professors Yu.Basin and M.Suleimenov stipulated that there, basically, the following three types of ADR can be distinguished: (i) negotiations, (ii) mediation and (iii) arbitration³. In his later article professor M.Suleimenov mentioned that there two different positions exist concerning a content of the concept of ADR: some scholars believe that ADR

¹ See: The Law of the Republic of Kazakhstan dated 28 January 2011 "On Mediation" in English is allocated on the official website of the Union of Judges of the Republic of Kazakhstan (<http://www.ujk.kz/union/?sid=133>, accessed 24 August 2013) and on the website of the Center of Mediation and Alternative Disputes Resolution in Almaty (<http://elmediacia.kz/images/file/first/01e.pdf>, access 18 June 2014).

² Please note, that these documents are available to subscribers to the Information System "Yurist" (the Kazakhstan Legal Database as the part of the Information Systems "PARAGRAPH") – see: <http://online-zakon.kz>, accessed 17 June 2014.

³ See: *Basin and Suleimenov. Arbitrazhniye sudy v Kazakhstane: problem pravovogo regulirovaniya* (Arbitration Tribunals in Kazakhstan: Problems of Legal Regulations). Published in: *Arbitration Tribunals in Kazakhstan: Problems of Legal Regulations* (materials of the international scientific and practical conference held in Astana on 3 February 2003). Responsible editor – Suleimenov. / Almaty: KazGYuU, 2003 (306 pages). P. 19.

creates an alternative to courts of general jurisdiction, but others consider judicial system and arbitration as two separate phenomena and they treat all other procedures as the alternative (*i.e.* as ADR) to disputes settlement in both state courts and arbitration. Suleimenov personally considers alternative procedures for dispute resolution as an aggregate of means and methods used by parties to achieve an agreement and when necessary – with involvement of an independent third party whose final judgment with respect to the merits of the dispute case is either advisable or obligatory¹. And in the same article, in addition to the aforementioned arbitration, mediation and negotiations, he also mentions such types of ADR as med-arb (mediation and arbitration), mini trial, reconciliation of the parties, non-obligatory arbitration or expert assessment opinion.

No other ADR devices, except for arbitration and mediation, are currently proposed and regulated in Kazakhstan under its national law. Certainly, in accordance with general principles declared in the RK Civil Code, participants of civil-law relationship are entitled to establish forms, terms and conditions of their relations and to choose forms and means for settlement of their disputes and conflicts. However we believe that any type of ADR can be viewed as being available under an applicable law if a settlement reached in result of an ADR can be effectively enforced according to direct provisions of national legislation and not just because of a fact that applicable law does not prohibit a procedure. No arrangement can be identified as an ADR device if an applicable law fails to provide support in implementation of results of such arrangement proposing judicial support to enforce the settlement.

2. The basis for mediation in the Republic of Kazakhstan

2.1. The notion of mediation

As the legal term the notion of mediation has been introduced into the legal system of the Republic of Kazakhstan

¹ See: *Suleimenov*. Chastnoye processual'noye pravo (Pravo al'ternativnogo razresheniya sporov) (The Private Procedural Law (the Law of an Alternative Dispute Resolution)). Published in: Law Monthly Bulletin "Yurist" (the Lawyer). – Almaty, 2011 (#2). P.13.

in 2011 when the Mediation Law was adopted. The Mediation Law serves as the legal basis for organization of mediation in Kazakhstan, defines principles of mediation and regulates mediation procedures. It also determines the status of mediators.

Art 2 of the Mediation Law in its sub-clause 5 includes the legal definition of mediation. According to this definition, mediation represents a procedure for resolution of a dispute or a conflict between its parties with assistance of a mediator or several mediators implemented based on the voluntary agreement of the parties with the purpose to achieve a solution mutually acceptable to the parties.

The Mediation Law in its Art 3 declares the following as purposes of mediation:

(i) achievement of a possible scenario/solution to resolve a dispute (conflict) acceptable for both parties of the mediation procedure; and

(ii) decrease of level of the parties' proneness to conflict.

These purposes shall be achieved in each case when mediation takes place to resolve a particular dispute (conflict).

As mentioned above, the Mediation Law does not specifically identify mediation as an alternative way for dispute resolution. However in all of available publications in Kazakhstan, mediation is acknowledged as a type of ADR and it is generally understood similar way as it is defined in the Mediation Law. For example, M. Suleimenov defines mediation as a settlement of a dispute with assistance of an independent neutral intermediary who promotes to achieve an agreement between the parties¹. A. Duisenova (the Executive director of the Kazakhstani International Arbitrage) also emphasizes that a mediator is not an arbitrator, he/she does not determine who is right and who is wrong, he/she does not make a decision on a dispute. Mediator helps the parties to settle the conflict with benefits to all the parties². The judge A. Sholimova proposes

¹ See: *Suleimenov*. *Mediaciya v Kazakhstane: tekyscheye sostoyaniye i perspektivy razvitiya* (Mediation in Kazakhstan: Current Status and Perspectives for Development). Published in: *Law Monthly Bulletin "Yurist" (the Lawyer)*. – Almaty, 2009 (#12). P.13.

² See: *Klemenkova*. *Drugoi istochnik pravosudiya* (Other Source of Justice). Published in the weekly bulletin "Strana I Mir" (The Country and the World) #14, 2 April 2012.

that as a type of ADR mediation represents a specific form of intermediation which does not propose that a third party makes a judgment on a dispute, but correspondingly a mediator's main purpose is to assist parties of the dispute to bring the dispute, as soon as possible, to a mutually beneficial and viable solution¹. Such common understanding of mediation is also expressed in the publication of all reports made by its participants at the international conference organized by the Institute of Legislation of the RK Ministry of Justice and held on 19 October 2012 in Astana².

Under the Mediation Law mediation can be used to settle disputes and conflicts arising out of civil, labor, family and other types of relationships with participation of individuals and/or legal entities. The Mediation Law also allows using mediation to settle disputes and conflicts within criminal legal proceedings on cases concerning crimes of a little and middle heaviness (i.e. those which are not serious or major crimes) unless otherwise is established by laws of Kazakhstan, as well as such disputes arising in the process of execution of judicial decisions (judgments).

However, mediation cannot apply if: (i) a dispute (conflict) infringes or can infringe on interests of third parties not participating in mediation; or (ii) a dispute (conflict) infringes or can infringe on interests of an individual(s) who are legally incapable or restrictedly capable due to a court's decision(s); and (iii) when a state authority (state body) is a party to a dispute (conflict).

It is also prohibited to apply mediation on criminal cases concerning corruption offences and other crimes against interests of state service and state governance.

¹ See: *Sholimova*. Preimuschestva i primery razresheniya sporov (Mediation: Benefits and Examples of Dispute Resolution) – <http://www.zakon.kz/analytics/4560329-mediaciona.-preimushhestva-i-primery.html>, accessed 16 June 2014.

² See: The Status and Perspectives for Development of the Institute of Mediation in the Circumstances of Social Modernization of Kazakhstan: materials of the international scientific and practical conference held on 19 October 2012. – Astana: “Institute of Legislation of the Republic of Kazakhstan”, 2012 (172 pages). (www.izr.kz/images/stories/mediaciona86.pdf, accessed 10 August 2013).

All the respective provisions as mentioned above are included in Art 1 of the Mediation Law.

According to the Mediation Law, there both out-of-court and court-annexed mediation are accepted in Kazakhstan. Art 20(2) of the Mediation Law specifically states that mediation to settle disputes can be applied in both cases: before the parties bring their dispute to court or after trial proceeding starts.

2.2. The existing legal basis for mediation in the Republic of Kazakhstan.

The Mediation Law serves as a primary source of the existing legal framework for mediation in Kazakhstan. However, respective provisions of the RK *Civil Procedural Code of 13 July 1999* and the *Criminal Procedural Code of 13 December 1997* (both as amended) also regulate certain aspects concerning conduct of mediation. Such regulation mostly relates to time periods for conduct of mediation and acknowledgement of settlement agreements reached in result of mediation by courts and prosecuting authorities (as it is provided for in Arts 24(4) and 27(7) of the Mediation Law).

It should be noted that the Mediation Law does not prevent mediation to settle conflicts arising out of administrative-law relationships or in connection with administrative violations, though it also does not include any specific provision concerning this aspect. Nether the RK *Code concerning Administrative Violations dated 30 January 2001* (as amended) establishing rules for judicial proceedings on administrative violations, nor the RK *Law dated 27 November 2000 "On Administrative Procedures"* (as amended) which sets forth procedures for administrative protection of rights and legitimate interests of citizens, operate the notion of mediation and provide for any regulation of mediation within respective judicial proceedings and implementation of administrative procedures. Nevertheless, one can see from the statistic data shown below in this chapter that respective categories of such conflicts were already settled in mediation in Kazakhstan. These statistics relates mostly to settlements reached in out-of-court mediation. However, particular importance should be given to the fact that state courts also refer to mediation. For example, it has been published that judges of the Specialized administrative court of

Aktau city applied the Mediation Law during consideration of cases related to family and social matters as provided for in the RK Code concerning Administrative Violations to terminate 58 of such administrative cases in 2013 and 89 administrative cases in 2014 in connection with the parties' reconciliation¹. It also worth to indicate that neither the Mediation Law nor any of the Law "On Arbitration" and the Law "On International Arbitration" contain any provisions allowing to reveal any relationships between mediation and arbitration. Though, in its turn, when referring to mediation within the judicial proceeding on a civil-law disputes, Art 27(5) of the Mediation Law provides for mandatory approval of the settlement agreement by the court to be made according to the procedures established in the RK Civil Procedural Code: such approval is required by Art 49 of the RK Civil Procedural Code.

Professor M.Suleimenov also mentions the absence of a special regulation in existing legislation of Kazakhstan for mediation under the auspice of an institutionalized arbitration². For example, none of the aforementioned Laws related to arbitration regulates whether arbitration should be suspended if the parties of the dispute reach an agreement to solve it in mediation. On the contrary, these Laws on arbitration propose that the parties may reach an amicable agreement and the tribunal will have to formally confirm it. It should be noted that in one of his publications M.Suleimenov proposed to draft, on the basis of the 2002 – UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation, a law on conciliation procedures with participation of mediator in civil-law judicial proceedings and in arbitration. However this proposal with respect to regulation of mediation in arbitration has not been implemented³.

¹ See: <http://www.zakon.kz/4635839-s-nachala-goda-v-aktau-prekrashheno-89.html>, accessed 29 July 2014.

² See: *Suleimenov and Duisenova. Razvitiye arbitrazha i mediatcii v Kazakhstane* (Development of Arbitration and Mediation in Kazakhstan). Published on the website of Kazakhstan International Arbitrage: www.arbitrage.kz/461, accessed 16 June 2014 (file 15).

³ See: *Suleimenov. Razvitiye mediatcii kak al'ternativnogo sposoba razresheniya sporov* (Development of Mediation as Alternative Way of Disputes Resolution). Published on the website of Kazakhstan International Arbitrage: www.arbitrage.kz/461, accessed 16 June 2014 (file 6).

The Mediation Law has been amended three times after it was adopted in 2011.

First time amendments to the Mediation Law were introduced by the RK Law dated 17 February 2012 *“On Amendments and Additions to Certain Legislative Acts of the Republic of Kazakhstan Concerning Matters of Improvement of Appeal, Appellate (Cassational) and Supervisory Proceedings, Increase of Level of Trust and Provision of Accessibility to Justice”*. One of the amendments replaced conditions and procedure for extension of period for mediation. Particularly, if under the earlier version of Art 23(2) initial 30-day period for mediation in the court-annex procedure could be extended for another 30 days by the court and only “if necessary”, the amendment now sets forth that the parties themselves (not the court) can make such extension in the respective mediation agreement followed by their subsequent joint notice to be given to the court. In addition, no “necessity” rule to justify such extension remained. This amendment made legal framework for the mediation agreement to correspond to general rules of the RK Civil Code regarding any agreement, providing that only the parties to the agreement may amend it, and not any third party is entitled to do it.

Another amendment introduced by the aforementioned amending Law dated 17 February 2012 has a rather technical nature. In particular, initial version of Art 27(5) earlier proposed that an amount of the state due paid prior to submission of a dispute to a court shall, after a settlement agreement is concluded, be returned to its payer in the procedure set forth in the RK Civil Procedural Code. However, because such procedure is established in the RK Tax Code, the amendment to the Mediation Law has now corrected this reference.

Second time amendments to the Mediation Law were introduced by the RK Law dated 3 July 2013 *“On Amendments and Additions to the Constitutional Law of the Republic of Kazakhstan and Certain Legislative Acts of the Republic of Kazakhstan on the Matter of Exclusion of Contradictions, Omissions, Collisions Between Norms of Law in Different Legislative Acts and Provisions Favoring Commitment of Corruption Violation”*. One of the amendments relates to the provision of Art 1(2) of the Mediation Law according to which

mediation cannot apply, in addition to other established cases, if a dispute (conflict) infringes or can infringe on interests of an individual(s) who are restrictedly capable due to a court's decision(s).

Significant amendment was made to Art 24(3) which now sets forth that if in mediation one of the parties of it is a minor, then participation of its teacher or psychologist or the minor's legal representative shall be obligatory. Before such amendment reference to minors' legal representatives (parents, guardians, etc.) was missing.

The rest of amendments entitled akims (mayors) of towns subordinated to oblast (Kazakhstani regional) centers, in addition of other categories of local akims, to maintain registers of non-professional mediator.

The latest amendments were introduced to the Mediation Law pursuant to the RK Law dated 15 January 2014 "*On Amendments and Additions to Certain Legislative Acts of the Republic of Kazakhstan on the Matter of Improvement of the Execution Proceedings.*" According to them mediation has become available to settle conflicts and disputes arising during the process of execution of judgments (judicial acts).

In connection with the latest amendment to the Mediation Law one should note that general widening of those fields where mediation can be used is considered as a positive tendency allowing effective application of this primary mean of dispute resolutions. However, when mediation is allowed on the stage of execution of judicial decisions it can mean a contradiction or, at minimum, violation of the RK 1995 Constitution which in its Art 76(3) establishes obligatoriness (binding force) of all decisions, verdicts and other judicial enactments within the entire territory of the RK. According to the Concept of the RK legal policy provision of strict execution of judicial acts has been established as an important measure to increase effectiveness of judicial proceedings in Kazakhstan. If a settlement in mediation on the stage of execution of a judicial act would to any extent allow changing the meaning and/or content of a court's decision or verdict, it can be qualified as non-performance of judicial acts or hindering of their execution and would entail established administrative or criminal liability. Therefore, introduction of

the mediation tool to be used during the process of execution of judicial acts requires more research in the context of its correspondence to the RK Constitution and further detailed regulation in law.

2.3. Current results of implementations of the Law on mediation in the Republic of Kazakhstan and certain assessments

After the Mediation Law was passed in 2011 a lot of different types of activities concerning creation of organizational, methodological and cadre elements of successful functioning of mediation device have been undertaken in Kazakhstan.

A number of organizations involved in activities associated with organization of mediations and mediators' training were established in different cities of Kazakhstan, as well as registers of certified mediators have been formed. For example, as one of the most notable, the Integrated Center of Mediation and Peacemaking "Mediation" (headed by Mrs. S.Romanovskaya) has been set up in Almaty with branches in other regions of Kazakhstan. As it is mentioned in the Center's website (www.mediation.kz, accessed 16 June 2014), during the last three-year period after adoption of the Mediation Law the Center has provided training and certified 183 mediators under three specially designed training programs such as "General Course of Mediation", "Specialized Course of Mediation" and "Training for Mediation Trainers". In the register of this Center there 98 certified mediators included.

The Kazakhstani Center of Mediation (www.kazmediation.kz, accessed 16 June 2014) in Almaty (director Mrs. I. Vigovskaya) has also created its own register of mediators. This register divides mediators based on where mediators reside and where they can effectively offer their services. Such division includes 12 major cities of Kazakhstan and even Munich (Germany).

The Kazakhstan International Arbitrage (KIA) chaired by professor M.Sulemenov also offers mediation as alternative way for disputes resolution (www.arbitrage.kz, accessed 16 June 2014). Mediation is carried out in accordance with the KIA Rules of Reconciliation (Mediation).

There other mediators' organizations can be also found in Kazakhstan.

The overall trend is an increase in a number of mediations in different areas of private and public (administrative and criminal) law. In addition, certain increase in the number of certified mediators could be also noted, as well as in the number of people interested in taking special training to become certified mediators.

There no centralized official statistic and analytical information exist in Kazakhstan concerning number of mediations. Each organization of mediators, however, can offer their own data.

For example, from the website of the aforementioned Integrated Center of Mediation and Peacemaking "Mediation" one can know that starting from August 5, 2011, when the RK Law "On Mediation" came into effect, professional mediators of the Center prepared (invited to mediation) and completed mediation on 1 dispute considered within a criminal proceedings on criminal case (related to a traffic accident), on 18 civil-law disputes (arisen from family, labor and other legal relations), as well as more than 200 disputes concerning consumer rights protection¹.

From the official website of the Specialized Inter-District Juvenile Court of Karagandy oblast of the RK (www.juvenecourt.kz, accessed 20 August 2013) more detailed information could be found regarding results of activity of the Center of Mediation and Law "Dostasu" located in the city of Karagandy. As it is announced "there are more than 65 of successfully conducted mediations on the credit of the Center "Dostasu". Those are disputes where the mediators from this Center helped to parties in out-of-court procedure to cross the difficult way from conflict to agreement. The amount of only monetary claims settled in such mediations exceeded 10 million tenge. These results of mediation have been categorized as follows:

- reconciliation of the parties on instituted criminal cases – 2 mediations (3,6%);
- family conflicts, including partition of property and

¹ See: <http://www.mediation.kz/index.php?newsid=24> (as of 7 August 2013).

determining children's place of residence – 14 mediations (21,8%);

– consumer disputes – 18 (32,7%);

– credit relationships (disputes between banks and their clients regarding loans repayment) – 4 mediations (7,2%);

– commercial disputes, including those with participation of several legal entities – 8 mediations (14,4%);

– refusal from mediation – 1 case;

– disputes with providers of public services – 4 mediations (7,2%);

– interpersonal conflicts, including those on instituted administrative proceedings (light harm to someone's health, slander, insult) – 4 mediations (7,2%);

– disputes with mass media – 3 mediations (5,5%);

– disputes between individuals regarding money claims – 8 mediations¹.

Separate statistics concerning resolution of conflicts and disputes in juvenile courts up to date have been mentioned in publication of the chairperson of the Specialized Inter-District Juvenile Court of Zhambyl oblast of the RK Mrs. T.Sultanova. She indicates that the number of resolutions in the form of mediation agreement in juvenile courts has yet been small. For example for the year 2013 there 467 civil-law cases were considered and only two of them were withdrawn due to conclusion of mediation agreements².

On the website of the Media Center of the RK Internal Affairs authorities there the following has been announced: “for the half-year period [of 2013] 475 cases were closed (completed) with the use of mediation. It is undoubtedly progress! Taking to the consideration that during the last year [2012] peacemakers [mediators] managed to settle and prevent judicial proceedings in only 122 conflicts”³.

¹ See: <http://juvencourt.kz/ru/mediatsiya-v-kazakhstan-pervyi-opyt-vedreniya-i-primeniya-%C2%A9.html>, accessed 20 August 2013.

² See: *Sultanova*. Po soglasheniyu – mirovomy ili mediativnomu (According to an agreement – amicable settlement or mediation). – [http://www.zakon.kz/463255\(2-po-soglasheniju-mirovomu-i-mediativnomu.html](http://www.zakon.kz/463255(2-po-soglasheniju-mirovomu-i-mediativnomu.html) accessed 17 June 2014.

³ See: *Mediaciya: perviye rezultaty* (Mediation: First Results) at: <http://press.mediaovd.kz/ru/?p=1150>, accessed 20 August 2013.

Irrespective of such particular figures one should note that they relate only to numbers of settlement agreements, but not to any actual performance under settlement agreements and/or their enforcement (especially when they are reached in out-of-court mediation). In the later cases it is meant to say that any settlement agreement reached in result of out-of-court (as well as in court-annexed) mediation is treated as a separate private agreement subject to voluntary execution or its private enforcement. If the parties to a settlement agreement fail to properly perform under the agreement they are entitled to seek its enforcement in court. Obviously, such scenario does not allow to effectively achieving the declared goals of introduction of mediation into the RK's legal system since it does not prevent further submission of the respective dispute to courts and, thus, it does not preclude significant decrease of pressure on courts. However even possibility for the judicial enforcement of the settlement agreement allows lesser load on courts because their focus in such cases shall be limited to the analysis of a content of the agreement and revelation of its validity only.

The same website of the Media Center includes a kind of forecast stating that if such increase would take place in future, there is a good perspective that the Mediation Law “will finally start work in full.”

Karagandy Center of Mediation and Law “Dostasu” has also noted positive trends. They particularly mention, as positive examples, successful mediation on such disputes as partition of property and business, reconciliation and repayment of debts when periods of limitation of action expired, amicable resolution of about 20 consumer rights related disputes. For the last category of disputes they see it significant that successful dispute resolution became possible due to use of principles and methods of mediation and not with any references to legal norms and sanctions of the consumer law. They also believe that first outcome of application of the Mediation Law shows wide opportunities for spread of mediation in Kazakhstan. “Taking into consideration politically correct mentality of Kazakhstani people we believe that mediation will have important future.

However, introduction of mediation into life moved a significant layer of legal and humanitarian problems¹". Some specific problems are mentioned in this publication, but we can identify them, in addition to other, from another sources.

For example, representatives of Kazakhstani mediators' organizations who participated in the conference held on 26 September 2012 in Almaty blamed judges, prosecutors and investigators that they do not explain people the meaning of mediation and possibilities offered by the Mediation Law².

Even a year after adoption of the Mediation Law there was an opinion that a little change appeared to happen. The head of the Bostandyk District Court in Almaty A.Sarsembayev identified two reasons to this: (i) there are no authoritative mediators yet and (ii) people do not know how to treat [*use, apply*] mediation³.

Similarly, the former Chairman of the RK Supreme Court B. Beknazarov also mentioned the following: "mediation procedures have not begin to work to the fullest extent... There the Law [*On Mediation*] exists, many public association of mediators have been created, [*such of*] private mediators as the matter of fact, but it is not everywhere people take mediation as real opportunity to resolve a dispute... May be it is because here in Kazakhstan it's been more convenient and easier to file a suit to courts. We have insignificant amount of dues for application to courts established. Nevertheless, we require from chairmen of courts to create necessary conditions for mediators⁴".

However practicing mediators see that the judiciary of Kazakhstan shows a positive perception of mediation as a method of reconciliation of parties of a conflict/dispute.

¹ See: <http://juvencourt.kz/ru/mediatsiya-v-kazakhstane-pervyi-opyt-vedreniya-i-primeniya-%C2%A9.html>, accessed 20 August 2013.

² See: "Kazakhstanskiye sudii ignoriruyun Zakon o mediatsii" ("Kazakhstani Judges Ignore the Law On Mediation"), published at: <http://www.zakon.kz/4450458-kazakhstanskiye-sudii-ignorirujut-zakon-o.html>, accessed 16 June 2014.

³ See: *Klemenkova*. Drugoi istochnik pravosudiya (Other Source of Justice). Published in the weekly bulletin "Strana I Mir" (The Country and the World) #14, 2 April 2012.

⁴ See: Beknazarov's interview to Ukrainian mass media on 25 June 2013 at: <http://www.nomad.su/?a=10-201306260021>, accessed 16 June 2014.

“However, while judges positively take for the new law [*the Mediation Law*], internal affairs authorities in the meantime do not demonstrate such understanding. At the same time, for the present, there is no mutual understanding achieved with the most of practicing lawyers, attorneys and notaries, who believe that mediators act as their competitors, and they forget that mediators and lawyers are representatives of allied professions having the same historical roots”¹.

In their turn, it is fair to mention that representatives of the RK General Prosecutor’s Office also support introduction of mediation into the practice allowing its application during different stages of judicial proceedings and on pre-trial examination/investigation of criminal cases. Certain proposals on content of the legislation concerning mediation are also voiced².

There is also an opinion that a model for regulation of mediation chosen by Kazakhstani law looks not viable and “adoption of the Law On Mediation will bring more harm than advantages.”³ The critic is expressed concerning (i) legal determination of those fields where mediation can be used, (ii) the sphere of application of the Mediation Law which is also improperly defined (as M.Suleimenov says, without clear separation of mediation in case of civil-law disputes and in criminal proceedings), (iii) unnecessary strict rule with respect to mediators performing on the non-professional basis, (iv) provisions regarding content of the mediation agreement, etc. In his later article professor M.Suleimenov, however, expressed his hope that mediation in Kazakhstan will develop as it is an

¹ See: *Akmetova, Blashchenko and Karlash. Mediaciya v Kazahstane: pervii opyt vnedreniya i primeneniya* (Mediation in Kazakhstan: the First Experience of Introduction and Application). – <http://juvencourt.kz/ru/mediatsiya-v-kazahstane-pervyi-opyt-vnedreniya-i-primeneniya-%C2%A9.html>, accessed 20 August 2013.

² See: *Karabayev. O perspektivah razvitiya institute mediacii v ugovovnom sudoproizvodstve* (On Perspectives of Development of the Notion of Mediation in Criminal Proceedings). – www.zakon.kz/187584-o-perspektivakh-razvitiya-instituta.html, accessed 16 June 2014.

³ See: *Suleimenov and Duisenova. Byt’ li nezavisimoi mediacii v Kazahstane?* (Whether an Independent Mediation will Exist in Kazakhstan?). Published on the website of Kazakhstan International Arbitrage: www.arbitrage.kz/461, accessed 16 June 2014 (file 26).

international trend, and he proposed certain priority directions for such development¹. We tend to share this opinion and to support these proposals.

In addition to the aforementioned the following should be mentioned. Issues concerning the concept and significance of mediation as ADR were brought to public consideration in Kazakhstan quite recently and there is no specific monographs issued by Kazakhstani scholars related to the topic. The most of related publications are made in mass media, mostly for the purpose of publicity of the Mediation Law and first results of its application. However, professor M.Suleimenov as one of the most prominent scholars in Kazakhstan in the field of private law and dispute resolutions and as the Chairman of the Kazakhstani International Arbitrage dedicated a number of his publications to the notion of mediation, analysis of the Mediation Law and its perspectives. In this chapter there are references made to the following articles of professors M. Suleimenov and Yu.Basin which, no doubt, can be considered as the most authoritative scholarly contributions (single or jointly) to the topic until today:

(i) Suleimenov M.K. *Razvitiye mediacii kak al'ternativnogo sposoba razresheniya sporov* (Development of Mediation as Alternative Way of Disputes Resolution). Can be found on the website of the Kazakhstani International Arbitrage: www.arbitrage.kz/461 (file 6), accessed 16 June 2014;

(ii) Suleimenov M.K. *Mediaciya v Kazahstane: sovremennoye sostoyanie i perspektivy razvitiya* (Mediation in Kazakhstan: Current Status and Perspectives for Development). Published in: The Law Monthly Bulletin “Yurist” (the Lawyer). – Almaty, 2009 (#12);

(iii) Suleimenov M.K. *Chastnoye processual'noye pravo (pravo al'ternativnogo razresheniya sporov)* (The Private Procedural Law (the Law of an Alternative Dispute Resolution)). Published in: The Law Monthly Bulletin “Yurist” (the Lawyer). – Almaty, 2011 (#2);

¹ See: Suleimenov. *Razvitiye mediacii kak al'ternativnogo sposoba razresheniya sporov* (Development of Mediation as Alternative Way of Disputes Resolution). Published on the website of Kazakhstan International Arbitrage: www.arbitrage.kz/461, accessed 16 June 2014 (file 6).

(iv) Basin Yu.G. and Suleimenov M.K. *Arbitrazhnie sudi v Kazahstane: problemy pravovogo regulirovaniya* (Arbitration Tribunals in Kazakhstan: Problems of Legal Regulations). Published in: Arbitration Tribunals in Kazakhstan: Problems of Legal Regulations (materials of the international scientific and practical conference held in Astana on February 3, 2003). Responsible editor – M.K. Suleimenov. / Almaty: KazGYuU, 2003 (306 pages);

(v) Suleimenov M.K. and Duisenova A.E. *Byt' li nezavisimoi mediacii v Kazahstane?* (Whether an Independent Mediation will Exist in Kazakhstan?). Can be found on the website of the Kazakhstani International Arbitrage: www.arbitrage.kz/461 (file 26), accessed 16 June 2014.

A number of publications concerning practical issues of mediation and training for mediators in Kazakhstan were made by S. Romanovskaya, I. Vigovskaya and some other practicing lawyers. But they cannot be considered as scholarly contributions. Nevertheless, attention should be also paid to published results of the conference organized by the Ministry of Justice of the RK in 2012 and dedicated to mediation: “The Status and Perspectives for Development of the Institute of Mediation under Conditions of Social Modernization of Kazakhstan: materials of the international scientific and practical conference 19 October 2012”. – Astana: “Institute of Legislation of the Republic of Kazakhstan”, 2012 (172 pages) (can be also found in its electronic format on the following website of the Institute of Legislation of the RK: , accessed 10 August 2013.

3. The mediation agreement / the agreement to submit disputed matters to mediation in the Republic of Kazakhstan

3.1. Legal definition of the mediation agreement

As the general rule set forth in Art 20(1) mediation can take place if there is a mutual agreement of the parties to settle a dispute (conflict) between them in mediation. Conclusion of a mediation agreement is the mandatory pre-requisite for conduct of mediation in any out-of-court mediation, court-annexed mediation or criminal proceedings.

The Mediation Law includes legal definition of the mediation agreement (*'dogovor o mediatsii'*). According to sub-clause 7 of Art 2 of the Mediation Law such agreement means “a written agreement of parties [*to it*] which is concluded [*by them*] with a mediator before mediation starts with the purpose to settle a dispute (conflict)”. Those individuals and/or legal entities who/which are in conflict or disputes between them, if such disputes (conflicts) can be settled in mediation according to Art 1 of the Mediation Law, are defined as the parties of mediation, and together with a mediator they are defined as participants of mediation (sub-clauses 6 and 8 of Art 2 of the Mediation Law respectively).

The Mediation Law does not specifically regulate whether mediation agreement can be entered into to settle a specific dispute (conflict) only, or whether the parties to any contractual arrangement can agree in principle and with binding effect that once a dispute arises it would be solved in mediation. Professor M.Suleimenov proposes that if the parties to a contract wish to apply mediation as part of the procedure for settlement a dispute arising out of or in connection with the contract, they can include into the contract the following clause on mediation. He also believes that they can include even more procedural and organizational provisions into the contract¹.

However, it appears that the Mediation Law proposes that a mediation agreement can be entered into only when a specific dispute (conflict) has already taken a place. This understanding follows from the definition of the mediation agreement (as mentioned above) and from the requirement of sub-clause 1 of Art 21(2) stating an identification of a matter of the dispute as one of essential terms of any mediation agreement, as well as from the content of Art 23 requiring settlement of the dispute within 30 days after conclusion of the mediation agreement. Some other provisions of the Mediation Law also consider a mediation agreement to be entered into in connection with a particular dispute.

¹ See: *Suleimenov. Mediatsiya v Kazahstane: tekusheye sostoyaniye i perspektivy razvitiya* (Mediation in Kazakhstan: Current Status and Perspectives for Development). Published in: *Law Monthly Bulletin “Yurist” (the Lawyer)*. – Almaty, 2009 (#12). P.17.

3.2. The form and content of the mediation agreement

As mentioned above, any mediation agreement must be entered into in the written form. No oral agreement on mediation can be valid. At the same time, no registration or notarial verification of mediation agreement is required.

Art 21(2) of the Mediation Law establishes what terms and conditions of the mediation agreement shall be considered as essential to it. The list of such essential terms includes 11 items. Having such regulation analyzed, one should remember that indication of essential terms of a contract in respective laws allows to identify the type or nature of each particular contract and to decide whether the respective contractual arrangement can be viewed as enforceable contract under related legal provisions. The legal effect of this requirement is that if any of these terms and conditions is not included into a mediation agreement, than under Art 393 of the *RK Civil Code of 27 December 1994* (as amended) such mediation agreement will not be considered as concluded (entered into) by the parties to it, and the parties may not have a perspective to seek protection of their rights and interests under the agreement. M.Suleimenov and A.Duisenova have reasonably criticized such solution claiming that this list is unnecessary extensive and a greater part of such terms and conditions, in principle, could not be defined as essential terms of mediation agreement¹.

One of such called essential term of a mediation agreement sounds especially unreasonable. Particular, sub-clause 8 of clause 2 of Art 21 of the Mediation Law requires that mediation agreement includes “grounds and volume of liability of the mediator who participates in the dispute settlement for his/her actions (inaction) which entailed damage to the parties of mediation”. Such provision contradicts to the nature of mediation and regulated status of mediators. As the term “mediation” is defined in Art 2 of the Mediation Law, mediator only assists the parties to achieve a mutually acceptable solution. In addition, as per Art 27, any settlement agreement

¹ See: *Suleimenov and Duisenova. Byt' li nezavisimoi mediatsii v Kazahstane?* (Whether an Independent Mediation will Exist in Kazakhstan?). Published on the website of the Kazakhstan International Arbitrage: www.arbitrage.kz/461 (file 26), accessed 18 June 2014.

shall regulate a settlement between the parties and it becomes a contractual arrangement between the parties subject to performance by the parties voluntary without involvement of the mediator. Thus, no mediator can be liable for any damage of any party since no mediator can force the parties to enter into a settlement agreement, as well as to enter into it on any specific terms. Nor the mediator can control the parties in their performance under the settlement agreement.

3.3. Significance of conclusion of the mediation agreement

A mediation agreement is a contract entered into by the parties of a dispute (conflict) with a mediator concluded voluntary with the intention to find acceptable solution of the dispute. Until the mediation agreement is in force it binds the parties to it. However, there are no so many responsibilities of the parties to a mediation agreement to be enforced against any of them. No one can be forced/enforced to choose mediation for dispute resolution, to elect specific person as a mediator, to continue participating in mediation or to enter into a settlement agreement. And mediators can act only with the consent of the parties of a dispute (conflict). At the same time mediators can be subject to claims for breach of his/her duties, including any related damage claims.

Mediation represents an attempt to resolve a dispute without submitting a suit to the court. If mediation fails, nothing prevents to seek judicial resolution or resolution in arbitration.

However, one should note that conclusion of a mediation agreement does not suspend the course of the limitation period established by the law (Art 182 of the RK Civil Code). At the same time, under Art 183 of the RK Civil Code if the parties of the dispute enter into the mediation agreement, that fact interrupts the course of the limitation period and if the parties fail to resolve the dispute, the course of the limitation period starts to count again and the time before the mediation agreement was entered into cannot be included in the new period.

If, in contrast, a dispute has been already submitted for the courts resolution, conclusion of the mediation agreement

represents a ground for suspension of the respective civil judicial proceedings on the case (Art 23(3) of the Mediation Law). However, the parties of the dispute in this case become responsible for certain notifications addressed to the respective court with respect to the course and results of mediation (*please see below*). In addition, participants of mediation are responsible to complete mediation in such time as prescribed in Art 23(2) of the Mediation Law since expiration of the respective time period terminates mediation (sub-clause 5 of Art 26 of the Mediation Law). According to Art 242 of the RK Civil Procedural Code the court is obliged (not simply entitled) to suspend respective judicial proceeding in the case when the parties have entered into the mediation agreement. Such suspension shall take place until mediation terminates (Art 244 of the Civil Procedural Court).

No specific rules are established with respect to dispute resolution in arbitration on this matter. However general rules on suspension and interruption of the limitation period apply.

Some specific regulation is provided for in Art 24 of the Mediation Law with respect to mediation taking place in course of criminal proceedings. Particularly, it is established that conclusion of a mediation agreement does not suspend the proceeding with respect to a criminal case, and mediation itself should be completed within the timeframe established by the criminal procedural law for pre-trial and judicial proceedings.

Two other provisions of this Art 24 are also important in terms of consideration of any effect which mediation agreement may (or may not) have on future proceedings and status of the parties of mediation. First of all, it is clearly set forth that “the fact of participation in mediation may not be considered as an evidence of admission of guilt by a participant of the proceedings who also acted as the party of mediation”. And the second provision include the statement that “refusal to sign a settlement agreement on the conflict may not impair (worsen) position (standing) of the participant of the judicial proceeding who also acted as the party of mediation”. It all corresponds to the presumption of innocence and principles of judicial proceedings declared by the *RK Constitution of 30 August 1995* (Art 77) and the Criminal Procedural Code (Art 19).

4. The mediator in the Republic of Kazakhstan

4.1. Legal status of the mediator (general requirements)

According to the definition included in Art 2 of the Mediation Law, the term “mediator” means “an independent individual involved by the parties for conduct of mediation on the professional and non-professional basis in accordance with requirements of this Law”. Arts 9 through 11 of Ch 2 of the Mediation Law relate to the status of mediators.

Particularly, according to Art 9 of the Mediation Law, an independent, impartial individual who is (i) not interested in the outcome of affair (ii) who is chosen by the parties of mediation at their mutual consent and (iii) agreed to perform the mediator’s functions provided that (iv) he/she has been included in the register of mediators, can be elected by the parties to a dispute (conflict) as the mediator.

In its turn, an individual may not be a mediator if any of the following (as established in Art 9(7) of the Mediation Law) is applicable to him/her:

(i) the person is authorized to perform state (governmental) functions or has a similar status (for example, if the individual occupies a position at any central or local governmental bodies, some of state-owned organizations, elected as deputy to the Parliament of the RK or local representative bodies);

(ii) the person is recognized by the court as being legally incapable or restricted in his/her capability;

(iii) with respect to such person a criminal prosecution is carried out; or

(iv) the person has a criminal record remaining not cancelled.

As it is set forth in clause 8 of Art 9 of the Mediation Law, an agreement between the parties of mediation may establish additional requirements with respect to mediator. The meaning of this provision is not clear. On one hand, if the term “an agreement between the parties of mediation” is meant to relate to a mediation agreement, there is a little sense on establishing any additional requirements concerning a mediator because exactly by the mediation agreement a particular mediator is considered to be appointed and such mediator shall be logically considered to meeting all the requirements. On the other hand, if any other type

of agreement between the parties of mediation is meant, there is even less sense in this provision, since there will be no mediator appointed if the parties fail to agree on a particular person and/or such person refuses to sign respective mediation agreement.

According to clauses 5 and 6 of Art 9 of the Mediation Law activities of mediators (performance of the mediator's functions) do not constitute an entrepreneurial activity and those who perform as mediators are entitled to be engaged in any other business and activities that are not prohibited by the legislation of the Republic of Kazakhstan.

4.2. Categories of mediators

As it follows from the legal definition of mediator, there are two acknowledged categories of mediators. Under the first category there professional mediators fall under. The second category includes those mediators who perform their functions on the non-professional basis.

The Mediation Law is not sufficiently clear in setting criteria on which this two categories are distinguished. However, it appears that the drafters of the Mediation Law proposed such criteria as entitlement of professional mediators to be paid for performance of the mediation functions. In this respect Art 22(2) of the Mediation Law provides for that professional mediators conduct mediation both for consideration (a fee for mediation) and gratis. In turn, clause 6 of this Art 22 sets forth that non-professional mediators shall be reimbursed with their expenses (when the expenses are allowed for such reimbursement by the Mediation Law) incurred in connection with mediation. Similarly, Art 21(1) of the Mediation Law proposes that the fee payment terms and conditions shall be essential term of the mediation agreement concluded with a professional mediator. However, there is no prohibition for non-professional mediators to be paid for their performance as mediators. And in general, there is no any rational to prohibit receiving of a consideration for mediator's services. Eventually, the choice of a mediator and terms of the mediation agreement falls under sole discretion of the parties to the mediation agreement and there is no ground to restrict the freedom-of-a-contract entitlement that the parties enjoy under respective provisions of the RK Civil Code.

In connection with this we see the only reason to separate mediators into these two categories which is to offer to the parties of any dispute (conflict) a choice between specially trained mediators who fall under provisions of any professional code of conduct and those individuals who have extensive life experience and gained authority in the society.

Under Art 9(3) of the Mediation Law a person can carry out activity of mediators on a professional basis if he/she meets the following requirements:

- (i) he/she is in the age of 25 or older,
- (ii) he/she has the higher education,
- (iii) he/she has a document (certificate) confirming the he/she has completed a training under the program of preparation of mediators, and
- (iv) he/she is included into the register of professional mediators.

For non-professional mediators no special certification is required, but, apparently, a certain life experience is expected, since according to Art 9(3) the activity of mediator on a non-professional basis can be carried out by those persons who are (i) at the age of 40 and older, and (ii) included in a register of nonprofessional mediators.

Into the later category of non-professional mediators there members of local community can be also included is they are chosen to conduct a mediation. As Art 15 of the Mediation Law reads, such people can perform as mediators “along with” mediators performing on the non-professional basis. However we see no ground to extinguish another category of mediators in addition to those two that are already described above. Such members of local communities should be better considered also as mediators performing on the non-professional basis: their status is regulated by the same set of rules which regulate all non-professional mediators and they are also subject to inclusion in the same registers as all other mediators acting on the non-professional basis.

The only difference is that under Art 15 of the Mediation Law such members of local communities can be elected for their inclusion into the respective mediators’ register as non-professional mediators by a meeting (gathering) of respective local community, whereas other non-professional mediators are

expected (obliged, according to Art 16(2) of the Mediation Law) to apply for their inclusion into such registers on their own.

One provision of Art 15 of the Mediation Law with respect to setting forth criteria for those people who can be elected as non-professional mediator sounds ambiguous. Particularly, it establishes that a local community can elect those members of the community to be mediators who “have a great life experience, authority and impeccable reputation”. As such these criteria can be accepted. However all of them are of a subjective nature and can be differently assessed by different people. What is the sense to include these criteria if there is no provision in the Mediation Law allowing challenging the election and no legal consequences established for proposing people to be non-professional mediators if to someone’s opinion they do not match the criteria? Inclusion of this and similar provisions into a law are not in compliance with generally accepted requirements of legal technique.

4.3. Choice of a mediator

Regardless of whether it is out-of-court or court-annexed mediation it is the sole discretion of the parties to a dispute (conflict) to choose a mediator who would help them to resolved the dispute (conflict). It is only mutual agreement of the parties is required to elect particular mediator(s).

The parties’ choice of particular mediator(s) shall be reflected in their mediation agreement as its essential condition (Art 21(2) of the Mediation Law). The parties are free to voluntary elect the mediator(s) (Arts 9(1) and 20 (7) of the Mediation Law), to decline a mediator (Art 11(1) of the Mediation Law) and to replace the mediator with other chosen mediator (Art 12(1) of the Mediation Law). In all cases of election and replacement of mediator(s) the parties’ mutual agreement is required. However the right to decline a mediator under sub-clause 2 of Art 11(1) can be implemented by any of the parties of mediation: in such a case it will mean rejection from the entire mediation and, subject to such declination is made in writing, that will terminate mediation as it is set forth in Art 26 of the Mediation Law.

No one can force the parties to agree on having mediation

and to make a choice of a mediator(s). However, when mediation takes place in the course of civil or criminal judicial proceeding the parties are required to notify the court or prosecuting agency (as the case may be) about the person(s) they choose as mediator(s) (Art 12(1) of the Mediation Law).

4.4. Specific rights and duties of the mediator

Art 10 of the Mediation Law establishes what constitutes rights and duties of mediator. Basically, the content and extent of such right and duties are established due to the purpose and nature of mediation.

For example, there are only two specific rights of mediators are set forth in this Art 10. The first one entitles mediator to meet the parties of mediation within the course of mediation (with both of them simultaneously and/or with each of them separately) and to give them oral and written recommendation concerning settlement of the dispute (conflict).

In addition, mediators are permitted, and they are given a respective right, to inform the public about his/her activity, but with observance of the confidentiality principle established in Art 4 and explained in Art 8 of the Mediation Law. The meaning of this principle is described in more details later in this report. It, however, becomes obvious that formulation of this right of mediators is slightly controversial: from the one hand, mediators are entitled to disclose information about their activity as mediator, but, from the other hand, they cannot disclose anything they knew in the course of mediation if they failed to obtain a written permission of a party of the mediation who presented this information in the course of mediation. Under Art 8(3) of the Mediation Law, mediators shall be liable according to respective legislative provisions for unauthorized disclose of the respective information. And, under such regime, it becomes logical that there can no duty of disclosure exist for mediator.

According to Art 10(4) of the Mediation Law mediators may have other rights provided for by the RK legislation. There are no specific rights additionally expressed in other legislative acts of regulations at this moment, though some other rights of mediators are provided for in the Mediation Law itself. For example, under Art 12(3) mediator has the right to decline from conduct of mediation, if he/she believes that further efforts in

the course of mediation will not lead to settlement. Mediator may also terminate mediation with the consent of the parties of mediation formulated in writing.

The following duties of mediators are established in Art 10 of the Mediation Law:

(i) within the course of mediation the mediator is responsible to act only with the consent of the parties of the dispute, and

(ii) the mediator must (before mediation starts) explain to the parties purposes of mediation and rights and obligations of the parties.

Besides, under Art 12(2) of the Mediation Law a mediator must decline to be mediator if certain circumstances preventing performance of the mediator's functions arise. It should be also considered as a duty of mediators.

In addition, according to the aforementioned Art 10, any professional mediator must observe a Code of Professional Ethics of Mediators to be approved by an association (union) of mediators. Mediators may carry out other responsibilities provided for by Kazakhstani legislation. It would be logical to expect any liability established or provided for in Kazakhstani laws for violation of the codes of conduct. However, for example, in the Code of Rules of Conduct for Professional Mediator of the United Center of Mediation and Peacemaking "Mediation" there is no any relevant provision found¹.

At the same time, according to Art 14(7) of the Mediation Law, if a professional mediator violates requirements of this Law, participants of mediation may submit their complaint to the respective organization of mediators which, "upon confirmation of the violation shall suspend activity of the mediator with respective indication of the suspension in the register of professional mediators for the term of six month". This provision can be considered as kind of liability of mediators for breach of their duties. However it appears to have been formulated incorrectly. First of all, it does not indicate how the violation could be confirmed and who is expected to confirm

¹ See: The Code of Rules of Conduct for Professional Mediator of the PA "United Center of Mediation and Peacemaking "Mediation", approved by the Management Board of this Center on 25 March 2011 and its General Assembly on 5 August 2011. – <http://www.mediation.kz/index.php?do=static&page=akti>, accessed 17 June 2014.

it in order for such confirmation to be reasonable and reliable. Secondly, no any organization of mediators can suspend a mediator's activity by definition, because each mediator is an independent person to be elected by the parties of mediation without any influence from any side. The organization can only delete the mediator's data from its register or make other relevant record in the register.

Although there are no any additional specific duties or responsibilities of mediators established in other laws and regulations of Kazakhstan, all mediators should observe general responsibilities of any participants of social relations, such as to act reasonably, fairly and in good faith, refrain from causing harm to others, misuse or abuse his/her rights (Art 8 of the RK Civil Code).

In contrast, there less responsibilities are set forth in the Mediation Law for the parties of the dispute. They are not obliged to settle their dispute (conflict) in mediation and they can refuse to participate in mediation at their own discretion at any moment (Art 5(2) and sub-clause 3 of Art 11(1) of the Mediation Law). They are also entitled, at their mutual agreement, to replace a mediator with another one (Art 12(1) of the Mediation Law). As said above, no one can be force/enforce to choose mediation for dispute resolution, to elect specific person as a mediator, to continue participating in mediation or to enter into a settlement agreement.

Art 11(1) of the Mediation Law lists rights of the parties of mediation corresponding to the general approach mentioned in the preceding paragraph. In the line with implementation of this principle of voluntariness of mediation no specific duties for the parties of mediation is set forth in the RK legislation. However, once a settlement agreement is reached, the parties are obliged to implement it according to its terms and conditions (Art 11(2) of the Mediation Law).

4.5. Associations and organizations of mediators

According to Art 13(6) of the Mediation Law an association (union) of mediators is entitled (not obliged) to develop and approve a Code of Professional Ethics of Mediators. Under its legal definition, such association (union) can be created "with the purpose of coordination of activities of organizations of

mediators, as well as for protection of their rights and legitimate interests” (sub-clause 3 of Art 2 of the Mediation Law). It is not clear which rights and interests (of mediators or organizations of mediators) are referred to in this legal definition. It seems that the most correct understanding is that it relates to rights and interests of organizations of mediators because according to Art 110 of the RK Civil Code an association (union) is defined as the form of a non-commercial organization created by legal entities (not by individuals) for the purpose of representation and protection of interests of its members/founders only. In general, it seems to be not reasonable to creating any structure to protect rights and interests of mediators as they perform special function to assist in dispute resolution. In connection with this we believe that attaining any special status to mediators to protect such status would not promote the entire idea of mediation.

To the extent we are aware there has been no any association (union) of mediators created in Kazakhstan yet. And, therefore, no any Code of Professional Ethics of Mediators approved by such an association (union) exists at this time in Kazakhstan.

At the same time, the Mediation Law in its Art 2 includes the definition of “organizations of mediators” which are defined as noncommercial organizations created for association of mediators on a voluntary basis for achievement by them of common aims with respect to development of mediation, provided that such aims do not contradict to legislation of the Republic of Kazakhstan.

Art 13 of the Mediation Law provides more detailed regulation with respect to status and the role of such organizations of mediators. Particularly it is set forth that, as noncommercial, nongovernmental, self-financed and self-governed organizations created under the initiative of mediators, such organizations of mediators shall be created for the purpose to provide material, organizational and legal and other conditions for rendering service of mediators related to carrying out mediation. For this purpose organizations of mediators are entitled to provide professional training and improvement of professional skill for mediators with delivery of the document (certificate) certifying completion of corresponding courses related to mediation.

No special provision providing for adoption of any Code of Conduct for Mediators by any organization of mediators is included in the Mediation Law. However, in absence of an association (union) of mediators which can be set up by organizations of mediators, some of such organizations have adopted their codes of conduct. It has been already mentioned above such a code adopted by the United Center of Mediation and Peacemaking “Mediation”. However, that document cannot have its legal effect with respect to professional mediators in the context of their duty to observe a Code of Professional Ethics of mediators as established in Art 10 (4). On websites of other organizations of mediators like the Center of Mediation and Alternative Dispute Resolution¹ or the Kazakhstani Center of Mediation² and some others, no any similar code is found at all.

Mediation centers established in Kazakhstan are set up as organizations of mediators (those which has been already mentioned above and the most of other) play an important role with regard to development of mediation in Kazakhstan. This role is based on respective provisions of the Mediation Law establishing for such organizations the purpose to promote development of mediation (Art 2) and empowers them with such rights as training and certification of mediators (Art 13(3)), organizational support of mediation (Art 13(2)) and maintenance of registers of professional mediators.

If to address available websites of any of such organizations of mediators, one can find out the following services offered by the aforementioned mediation centers:

(i) services on organization and conduct of mediation: mostly, it means organizational support at all stages from election of mediators until mediation completes; the centers can also recommend a candidate to be chosen as mediator if the parties request for such recommendation (Art 20(8) of the Mediation Law);

(ii) consulting services to identify a level of proneness to conflict in a company;

(iii) accreditation: this means confirmation of compliance of professional level of a specialist to be included into the register of professional mediators maintained by the respective center of

¹ See: <http://elmediacia.kz>, accessed 17 June 2014.

² See: <http://kazmediation.kz>, accessed 17 June 2014.

mediation. According to Art 14(1) of the Mediation Law each organization of mediators shall form and maintain its register of professional mediators for mediation on the territory of Kazakhstan. This Art 14 sets forth provisions concerning requirements to be met for a person to be included in the register of professional mediators, data which shall be reflected in the register, procedures for inclusion into the register, conditions and procedures for removal from the register, requirements as to public accessibility of the register. It seems that this Art 14 is written with unnecessary details that could be moved down to the level of internal rules of each of the mediators' organization. But there one of its provisions is of real legal significance and it is reasonably included into this Art. This provision states that, if the organization rejects to include an applicant into its register of professional mediators or excludes him/her from the register, such rejections or exclusion, as the case may be, can be appealed before the court;

(iv) training and certification: according to Art 9(4) of the Mediation Law such training must be provided in accordance with programs to be approved in procedure determined by the Government of Kazakhstan. Required Procedure has been approved in the form of *the Rules For Undergoing a Study on Programs for Mediators' Training by the Resolution of the RK Government dated 3 July 2011 #770*. Model training curriculums on three different programs (such as "General Course of Mediation" for 48 teaching hours, "Specialized Course of Mediation" for 50 teaching hours and "Course for Training Trainers for Mediators" for 32 hours) and a model form of the Certificate to confirm completion of a course has been also approved by this Resolution.

In addition to existence of registers of professional mediators formed and kept by organizations of mediators (mediation centers) there also registers of nonprofessional mediators can exist. Such registers shall be formed and maintained by local executive authorities, namely by akims of each respective town, settlement or a district in a city. Inclusion into such register shall be done by way of notification, though (at the same time) it is established that each non-professional mediator is obliged to apply to respective local authority to be included into such register. All these requirements together with

other rules concerning formation and maintenance of registers of non-professional mediators are established in Art 16 of the Mediation Law.

5. The process of mediation in the Republic of Kazakhstan

5.1. Principles of mediation

There the following five principles are set forth in Art 4 of the Mediation Law to serve conduct of mediation:

- (i) voluntariness;
- (ii) equality of rights of parties to the mediation;
- (iii) independence and impartiality of a mediator;
- (iv) inadmissibility of interruption in the mediation procedure, and
- (v) confidentiality.

Each of these principles is explained in respective Arts of the Mediation Law.

Particularly, according to Art 5 of the Mediation Law the principle of voluntariness means, first of all, that no mediation procedure can be started and/or conducted unless all the parties to it express their voluntary will to settle their conflict or dispute by means of mediation: such wills of all parties to mediation shall be declared in a particular agreement on mediation to be entered into by the parties. In addition, this principle means that the parties to mediation are entitled to reject the mediation at any stage of the respective procedure, and although this provision is not so clear, there is no doubt that either party can make such rejection and respective mediation can terminate in both cases when (i) both parties agreed to terminate the procedure and (ii) when either party rejects the mediation. Again, in absence of clear regulation, it appears to be correct point of view that any rejection of mediation shall be made in the express form by either an agreement on termination of mediation or, at least, by formal notice of a party rejection of mediation. And, finally, this principle of voluntariness includes entitlement of the parties to mediation to dispose, at their own discretion, of their material and procedural rights, to increase or decrease amounts of their claims or to refuse of the dispute (conflict), as well as it means the parties' freedom to choose

matters for their discussion of options for mutually acceptable agreement between them (solution).

Under Art 6 of the Mediation Law, parties to mediation have equal rights when choosing a mediator, a mediation procedure, their position under such procedure, ways and means to uphold their positions, as well as when receiving any information within the mediation, valuating acceptability of terms and condition of an agreement on settlement of the dispute (conflict). This principle of equality of the parties to mediation also means that the parties have equal obligations associated with respective mediation.

The principle of independence of a mediator is explained in Art 7 of the Mediation Law. In particular, it is established that “when conducting mediation a mediator is independent from the parties to the mediation and state authorities, as well as from other legal entities, officials and individuals”. This principle also means that each mediator is independent when choosing means and methods of mediation and determining, provided however that such means and/or methods are acceptable under the Mediation Law. To support observance of this principle of mediators’ impartiality, Art 7(2) of the Mediation Law also sets forth such duties of each mediator as (i) to be impartial, (ii) to conduct mediation in interests of both parties to it and (iii) to provide that both parties equally participate in the mediation procedure. A mediator must reject to conduct mediation if there are any circumstances precluding the mediator’s impartiality.

According to Art 7(3) of the Mediation Law any interference in a mediator’s activity from the part of persons and entities mentioned in previous paragraph is prohibited with the exception of those cases when such interference is provided for in the laws of Kazakhstan. As an example, such interference is possible when a mediator is suspected of a crime or administrative violation.

The principle of confidentiality of conduct of mediation is developed in Art 8 of the Mediation Law. This Art 8 prohibits all participants of mediation (including parties to it and a mediator(s)) to disclose any information they have known in the course of mediation unless they receive a written permission to such disclosure from the party to mediation who provided this information. Any disclosure without such permission of a

respective party to mediation entails a liability as provided for by the laws of Kazakhstan. In order to support confidentiality of mediation Art 8(2) of the Mediation Law also sets forth that mediators may not be interrogated as a witness with respect to information they knew in the course of mediation, with the exception of cases provided for by the RK laws. No such case can be identified in the law at this moment.

All other provisions of the Mediation Law are construed in compliance with these principles.

5.2. Conduct of mediation

Articles of Ch 3 of the Mediation Law contain provisions to regulate conduct of mediation. Specific provisions relate to choice of place and time for mediation, language requirements for conducting mediation, conditions for conduct of mediation and some other related issues.

According to Art 17 of the Mediation Law, as the basic rule it is set forth that mediation shall be carried out in accordance with the procedure agreed by the parties of mediation which procedure shall not contradict to requirements of the Mediation Law. The parties may agree to apply a procedure (regulations) for conduct of mediation adopted by organizations (any particular one) of mediation.

The parties are free to choose a place for mediation and language on which mediation will be carried on. With the parties consent mediator appoints a date and time for mediation (Arts 18 and 19 of the Mediation Law).

Among the rules of significant legal importance there are those provisions of the Mediation Law related to duration of mediation and established timeframe for mediation to be conducted.

Again, the general rule is that a time period for mediation shall be defined by respective mediation agreement, and when mediation is carried on as the out-of-court procedure (*i.e.* beyond the civil-law or criminal proceedings) all participants of mediation (*i.e.* the parties and mediator) should do their best to complete the procedure within the period not exceeding 60 calendar days (Art 20(9) of the Mediation Law). In an exceptional case when the dispute (conflict) is very complicated or there is a necessity to gather additional information/

documents this time period for the out-of-court mediation can be extended by agreement of the parties and with consent of the mediator. However it cannot be extended for more than another 30 calendar days.

A kind of controversial regulation is established in Art 23(1) of the Mediation Agreement according to which when a dispute arose out of civil-law, labor, family or other relationships with participation of individuals and/or legal entities is brought to be settled in mediation, the mediation should be completed not later than in 30 calendar days after the mediation agreement was entered into. This period can be extended by mutual decision of the parties for another 30 calendar days in case if it is necessary. In total the period for mediation to be completed may not exceed 60 calendar days. Inclusion of this provision into the Mediation Law means that general provision of Art 20(9) of the Mediation Law in terms of respective time limitation can apply to mediation for settlement disputes which cannot be identified as “disputes arisen out of civil-law, labor, family or other relationships with participation of individuals and/or legal entities”. But it is difficult to imagine what could be such disputes beyond those arisen out of “other” (which in this case may be understood as any) relationships.

It also worth to mention that parties of a dispute are not limited in their attempts to settle the dispute in a number of mediations following each other and, to the extent it is reasonable, even taking place simultaneously. For each of such separate out-of-court mediations separate time limits would apply.

In Art 23(1) of the Mediation Agreement according to which, when mediation is chosen to settle a dispute arose out of civil-law, labor, family or other relationships with participation of individuals and/or legal entities which has been already brought to court, the mediation should be also completed not later than in 30 calendar days after the mediation agreement was entered into. This period can be extended by mutual decision of the parties for another 30 calendar days in case if it is necessary. In total the period for mediation to be completed may not exceed 60 calendar days. In any case of such extension the parties must jointly inform the court in writing about the extension.

Special regulation of time limits are established in the Mediation Law for mediation conducted within the course of criminal proceedings. These specifics have been already mentioned in the last paragraphs of section 3.3 of this chapter above.

There is no provision in the Mediation Law expressly prohibiting to have a number of mediations within the same judicial of criminal prosecuting procedures, provided that all that takes place and should be completed or otherwise terminated within established time period for completion of the respective proceedings.

There certain specifics are established in Art 25 of the Mediation Law with respect to settlement disputes in the sphere of family relationship allowing mediation to resolve controversies between spouses concerning continuation of their marriage, implementation of parental rights, determination of place of residence for children, parents' contributions to support children and any other disputes which may occur in family relations. Some special rules to protect interests of children have been also introduced to that Art 25.

5.3. Communications with public authorities during the mediation

The Mediation Law contains very few provisions concerning, to a limited extent, relationships existing between the mediation and the mediator with public authorities, both judicial and non-judicial (notaries, land registrars, commercial registrars, etc.) during the mediation procedure.

If to consider mediator's relationships with aforementioned third parties, possibilities for such relationships are limited by application of the following principles:

(i) from one hand, all activities of mediator in the course of mediation, by definition, shall be focused to his/her communications with the parties of mediation only, and therefore it does not propose mediator's contacts with any third party. And this principle is also reflected in specific formulation of mediator's rights as set forth in Art 10 of the Mediation Law proposing his/her meetings exactly with respective parties and not anyone else. Moreover, by application of the principle of

independence (as it's been already described above) mediators carrying on mediations are independent from state authorities, other legal entities, public officers and individuals; and

(ii) from the other perspective, the Mediation Law does not prohibit mediators from having any contact with any third parties for purpose of mediation, but in any of his/her actions mediator can act only with the consent of the parties of respective mediation (Art 20(2) of the Mediation Law).

At the same time, in a law it can be required that mediator directly communicates to an authority or official. For example, under Art 25(3) of the Mediation Law mediator must apply to an authority entitled to protect children's rights if in the course of mediation any facts which threaten or can threaten normal growth and development of a child on seriously affect the child's legitimate interests. Yet, this is the only provision of this kind included into the Mediation Law.

More specifically the Mediation Law regulates situations when the parties of mediation should communicate with third parties. In essence, it relates to mediation agreed upon within civil-law judicial proceedings and criminal proceeding. In this case the Law specifically requires that the parties of mediation (not mediator, nor all participants of mediation) communicate to the court or prosecuting authority, as the case may be.

Such communications shall be made by the parties of mediation when, during the course of respective proceedings, they are required to jointly notify the court or prosecuting authority about their agreement to settle their dispute (conflict) in mediation or to extent initial term of mediation, as well as about results of mediation both when a settlement agreement is entered into and when mediation terminates for another permitted reason (clauses 2, 3 and 4 of Art 23 and clause 6 of Art 24 of the Mediation Law).

It is important to note that in their relationships with the parties of disputes and conflicts permissible for settlement in mediation, judicial and prosecuting authorities are prohibited from forcing the parties to agree to mediation but they can offer settlement in mediation at request of one of the parties of the dispute or conflict (clauses 3 and 4 of Art 20 of the Mediation Law).

In addition, if in the course of mediation and for the purpose

of the dispute resolution participants mediation or parties of it would need or would be required to communicate with any public authority, notary or other third parties, nothing prevents them from such communication subject to observance of the confidentiality principle and the other party's rights and legitimate interests.

6. Failure of mediation and its consequences in the Republic of Kazakhstan

Art 26 of the Mediation Law includes exhaustive (closed) lists of circumstances upon which mediation terminates. One of these five cases shall be qualified as successful completion of mediation: it happens when the parties of the respective dispute or conflict manage to reach a settlement agreement. In this case the purpose of mediation as formulated in Art 3 of the Mediation Law (please see in this chapter above) shall be deemed achieved.

The other four grounds for termination of mediation can be qualified as failure of mediation, since its purpose is not reached. Particularly, in addition to conclusion of a settlement agreement, mediation shall terminate in either case when:

(i) mediator discovered circumstances which do not allow any possibility for settlement of a dispute or conflict in mediation (these may relate to any of the circumstances indicated in Art 1 of the Mediation Law which prevent settlement of dispute by way of mediation);

(ii) the parties made written refusal from mediation in connection with impossibility to settle the dispute (conflict) by way of mediation;

(iii) one of the parties refused its further participation in mediation having such refusal made in writing, or

(iv) when the time period allowed for conduct of mediation as established by Mediation Law in Arts 23 and 24 (as described above) expired.

There is also another ground for termination of mediation not included into Art 26 but provided for in Art 22(5) of the Mediation Law. This ground proposes that a mediator refuses to conduct mediation by virtue of circumstances hindering his/her impartiality in a particular situation.

In all these cases mediation terminates when respective ground for termination is properly fixed. For example, as it is set forth in Art 26 of the Mediation Law, mediation terminates:

(i) from the day respective time period for mediation expired;

(ii) from the day when a party of mediation sent its written refusal to continue a mediation to another participants of particular mediation, or

(iii) from the day when both parties signed their written agreement to refuse mediation in connection with impossibility for the dispute's settlement by way of mediation.

With respect to termination of mediation when mediator discovered circumstances preventing mediation for settlement of a particular dispute or conflict the Mediation Law does not specifically indicate either the moment of termination of mediation or how the mediator's respective findings should be expressed. It sounds reasonable that in such a case mediation terminates from the moment when mediator announced to the parties of mediation that he/she revealed circumstances under which mediation cannot be used for settlement of the dispute of a conflict.

Similarly, when a mediator refuses to conduct mediation due to impossibility for him/her to be impartial in a particular situation, such mediation terminates from the moment when the mediator announced to the parties of mediation that he/she couldn't be impartial.

The Mediation Law does not specifically address the issue of consequences of the failure of mediation for the parties involved and for the mediator. However, it looks obvious that with occurrence of any of these circumstances respective mediation agreement automatically terminates and, correspondingly, relationships between participants of mediation arisen out of this mediation agreement shall also be cancelled.

When there is a termination of mediation taking place within civil-law proceedings or criminal proceedings, such termination (failure of mediation) shall cause either renewal of civil-law proceedings or completion of criminal proceeding in due course.

If it is an out-of-court mediation set for a dispute resolution,

then failure of such mediation shall cause renewal of the course of respective limitation period.

Apparently, effect of failure of mediation differs depending on which circumstances caused the failure. In particular, when mediation terminates due to identification of circumstances preventing settlement of a dispute (conflict) by way of mediation this would prevent the parties of the dispute from any future attempts to settle their dispute in mediation.

In all other cases, failure of mediation would, in principle, allow another attempts to settle the dispute by way of mediation, provided that for mediation agreed within the course of legal proceedings established time limits for respective proceeding allow another mediation.

There are no particular consequences of failure of mediation for mediator in the most of these cases with the exception of when mediation terminated upon the mediator's refusal due to absences of his/her impartiality. In this case such mediator will not be able to be chosen by the parties of a dispute (conflict) to settle it in another mediation to take place based on new mediation agreement (which shall be concluded with another mediator).

7. Success of mediation and its consequences in the Republic of Kazakhstan

7.1. Meaning of successful mediation and its consequences in the Republic of Kazakhstan

According to Art 26 of the Mediation Law, conclusion of a settlement agreement constitutes the ground for termination of mediation from the day when the parties of mediation have entered into (signed) the agreement. With the conclusion of the settlement agreement the purpose of mediation declared in the Law are achieved and, therefore, mediation is considered to finish successfully in Kazakhstan.

Art 27 of the Mediation Law provides for specific requirements with respect to the form and substance of a settlement agreement.

It is required that the settlement agreement shall be made in written form and it must be signed by the parties settled their dispute or conflict. The agreement becomes effective as of the

day of its signing by the parties unless this agreement is reached in mediation taken place within civil-law judicial proceedings. In this later case the settlement agreement must be forwarded immediately after its signing by the parties to the judge considering respective civil case for the agreement's approval by the judge in the procedure set forth by the RK Civil Procedural Code.

Any settlement agreement must include the following provisions:

- (i) reference to the parties of mediation (parties of the respective dispute or conflicting parties);
- (ii) substance of the dispute (conflict);
- (iii) identification of the mediator chosen by the parties;
- (iv) terms and conditions agreed by the parties to settle their dispute or conflict;
- (v) ways and time limits for implementation of the agreed terms and conditions regarding settlement of the dispute (conflict), and
- (vi) consequences of failure to implement or properly implement of the settlement terms and conditions.

Apparently, any failure to comply with these requirements legally established with respect to the form and content of a settlement agreement may put a question as to acknowledgement and/or enforceability of the agreement. In addition, special provisions are established in the law with respect to conditions for enforceability of settlement agreements reached in court-annex and criminal proceedings mediation (see below).

With conclusion of the settlement agreement it is not only mediation terminates but also all rights and responsibilities of the mediator shall cancel. After the agreement becomes effective no any further involvement of the mediator in implementation or enforcement of the settlement agreement is proposed.

Separate provisions are established in the Mediation Law concerning status and effect of settlement agreements reached in the court-annexed mediation and criminal proceedings.

As mentioned above, the settlement agreement made in the course of civil judicial proceedings is subject to approval by a judge considering the case. Apparently, such agreement's effectiveness is subject to the required approval and above-

mentioned requirement of the agreement's effect from the date of its signing would not apply in this case.

It can be also concluded that the judge is not obliged to approve the settlement agreement automatically and he/she will have to examine the agreement as to whether its terms and conditions do not contradict or otherwise violate imperative provisions of the law. According to Article 49 of the RK Civil Procedural Code the court may cancel the settlement agreement if it contradicts to the RK legislation or violates someone's rights and freedoms provided for in the laws of Kazakhstan.

Once the court approves the settlement agreement, it will come into full effect and constitute a ground for termination of the judicial proceeding with respect to the dispute settled by this agreement on a respective stage of the judicial proceedings. Particularly, under Arts 247, 342 and 383-1 of the RK Civil Procedural Code approval of a settlement agreement by the court terminates the proceeding on the 1st instance, appealation or cassation stages, as the case may be.

There is no other express provision requiring homologation of settlement agreements by the court or other public authority established in the Mediation Law.

However, there is a ground to believe that settlement agreements reached within criminal proceeding would also require certain acknowledgment or, at least, examination by respective prosecuting authority.

As it is defined in clauses 6 and 7 of Art 27 of the Mediation law, the settlement agreement reached by the parties in result of mediation during the course of criminal proceedings constitutes an agreement resolving a conflict by way of compensation of harm and reconciliation of a person committed a crime with the person suffered from the crime. Once the settlement agreement is reached it must be immediately forwarded to the respective prosecuting authority and, if the RK Criminal Procedural Code allows it, such settlement agreement can serve as the circumstance excluding or allowing avoidance of criminal prosecution. This would mean that respective prosecuting authority or criminal court would also examine the settlement agreement of whether its essence complies with requirements of the law in order to refer to the agreement as ground for cancelling criminal prosecution.

7.2. Enforcement of the settlement reached by the parties of mediation in the Republic of Kazakhstan

As a general principle Art 27(3) of the Mediation Law establishes that the settlement agreement is subject to voluntary implementation by the parties to the agreement according to its terms and conditions.

This principle is fully applicable to mediation taken place as out-of-court procedure. Particularly, Art 27(4) sets forth that “an agreement to settle a dispute entered into before consideration of a civil-law case in the court represents a transaction aimed to establish, change or terminate civil-law rights and obligations of the parties [*to the dispute*]”.

There is the opinion that conclusion of a settlement agreement gives rise to a new relationship between the parties of a dispute which, obviously, replaces the previous relationships led the parties to the dispute and mediation. In case of enforcement of a settlement agreement in court such new relationship based on the settlement agreement would constitute the subject of respective judicial consideration¹.

Art 27 of the Mediation Law also provides for that, if the settlement agreement is not implemented or is implemented improperly, the party who violated the agreement shall be liable as established by the laws of Kazakhstan. It is proposed that if the settlement agreement is not implemented or implemented improperly, respective party to it may use the same means of protection as proposed for application when any other civil-law agreement is violated, including the right to brought a case to the court².

¹ See: “Implementation of Agreements Reached in Mediation in the CIS Member States” (review of the International Scientific and Practical Conference dedicated to alternative dispute resolution in the CIS (from national to international instruments of dispute settlement) held in Minsk, Belarus on 21 June 2013. – <http://www.zakon.kz/analytics/4567196-ispolnenie-soglashenijj-zakljuchennykh.html>, accessed 17 June 2014.

² See: “Implementation of Agreements Reached in Mediation in the CIS Member States” (review of the International Scientific and Practical Conference dedicated to alternative dispute resolution in the CIS (from national to international instruments of dispute settlement) held in Minsk, Belarus on 21 June 2013. – <http://www.zakon.kz/analytics/4567196-ispolnenie-soglashenijj-zakljuchennykh.html>, accessed 17 June 2014.

It worth to mention that at the opinion of professor M. Suleimenov, there have been essential mistake of Kazakhstani legislators that there were two different phenomena mixed up in the Mediation Law and that regulation of the third phenomenon has been simply missed. He reasonably believes that out-of-court mediation and court-annexed mediation should be better regulated separately, as well as special regulation is needed for mediation under the auspice of an institutionalized arbitration, which is not even considered by existing legislation in Kazakhstan at all¹.¹⁹⁹

We can add that separate regulation should be also offered to regulation of mediation in the course of criminal proceedings. Mixing all this within the frame and content of a single Mediation Law causes incompleteness and contradicting nature of the respective legal framework and legal regime.

8. Costs of the mediation

Art 22 of the Mediation Law deals with the issue of expenses related to mediation. As such expenses there the following two categories are indicated:

- (i) mediators' fee (consideration), and
- (ii) the mediator's expenses incurred in connection with mediation including costs of transportation to the place of mediation, accommodation and catering.

This list of expenses is exhaustive and it does not permit other types of the expenses.

Parties of mediation jointly in equal parts shall cover these expenses. However in their respective mediation agreement the parties may agree on different distribution of coverage such expenses.

As mentioned in this chapter above, regulation of the issue of payment any fee (consideration) to mediators is not sufficiently clear in the Mediation Law. From one hand, it prescribes including into the agreement the reference to an amount of the fee payable to a professional mediator, if such

¹ See: *Suleimenov and Duisenova. Razvitie arbitrazha i mediatsii v Kazahstane* (Development of Arbitration and Mediation in Kazakhstan). Published on the website of Kazakhstan International Arbitrage: www.arbitrage.kz/461 (file 15), accessed 17 June 2014.

payment is provided at all, and it is silent as to whether any payment of consideration to non-professional mediators can be made (which payment, at the same time, is not prohibited by law). From the other hand, it is established that non-professional mediators shall be reimbursed with the expenses he/she incurs in connection with mediation, remaining silent with respect to any possibility for reimbursement of expenses to professional mediators.

This makes the Mediation Law remaining ambiguous. Similar ambiguity is caused by the provision of clause 5 of its Art 22 which requires that mediator must return to the parties of mediation all the money he/she received from them when the mediator rejects to conduct mediation due to circumstances preventing his/her impartiality. Such regulation sounds too strict because the participants of mediation may reveal respective circumstances after mediation started and it is not fair to leave the mediator not compensated for his/her expenses incurred before the circumstances were discovered. In principle, such issues should be better left for discretion of the parties to respective mediation agreement.

The Mediation Law does not specifically address the issue of whether any legal aid is available to participants (including mediator and the parties) of mediations. However it does not mean that the parties of a mediation agreement cannot agree to cover expenses associated with receiving legal advice or other type of legal services to be received by all the participants during mediation.

And there is, certainly, no any restriction for each party of mediation to pay for its own expenses related to legal aid it receives in connection with its participation in mediation.

9. Cross-border mediation

9.1. Notion and main features of cross-border mediation in the Republic of Kazakhstan

Legislation of Kazakhstan does not operate the notion of cross-border mediation. At present, there is also no sufficient theoretical consideration of this matter in publications of local scholars and practicing lawyers or other specialists in the field of mediation. Accordingly, there is no any separate legal

framework in Kazakhstan to specifically regulate cross-border mediation.

As mentioned above, the Mediation Law (according to its preamble) is set to regulate social relationship in the sphere of organization of mediation in the RK. Pursuant to Art 1(1) of the Mediation Law mediation can be used for settlement disputes and conflicts within the framework of Kazakhstani law. In connection with this the conclusion can be made that the Mediation Law together with related provisions of other laws of Kazakhstan (such as, for example, the RK Civil Procedural Code or Criminal Procedural Code) constitutes a legal framework for domestic mediation only.

However, professor M.Suleimenov paid attention to the failure to regulate “mediation with foreign element”¹. He specifically mentioned that respective regulation assumes certain peculiarities in regulating respective relationships involving such foreign element that were missed in the draft the Mediation Law and are still missing in it after its adoption as well as in any other existing law of Kazakhstan.

9.2. Recognition and enforcement of foreign mediation settlements in the Republic of Kazakhstan

Laws of Kazakhstan do not directly regulate those aspects related to recognition and enforcement of foreign mediation settlements. However general rules of the Kazakhstan’s material and procedural legislation would apply to enforce settlements reached in foreign mediation. However, there should be separate categories of such settlements differentiated, as the regimes for the enforcement differ.

If, for example, the settlement was reached in out-of-court mediation and the parties formulated respective agreement, than in order for it to be enforced in Kazakhstan directly the parties should choose Kazakhstani legislation as governing law for the respective settlement agreement and, preferably, judicial proceedings in the RK courts or Kazakhstani arbitration for disputes’ resolution under such settlement agreement to enable its

¹ See: *Suleimenov and Duisenova. Razvitie arbitrazha i mediatsii v Kazahstane* (Development of Arbitration and Mediation in Kazakhstan). Published on the website of Kazakhstan International Arbitrage: www.arbitrage.kz/461 (file 15), accessed 17 June 2014.

enforcement in Kazakhstan. The RK Civil Code allows parties to a contractual arrangement with participation of foreign individuals and legal entities to choose Kazakhstani legislation as governing law for their settlement agreements (Art 1112) where such governing law would apply to rights and obligations of the parties thereto, performance under the agreement, consequences of failure to perform or properly perform thereunder, etc.

The parties may also choose foreign courts or foreign arbitration for disputes resolutions under such settlement agreements. In this case respective provisions of the RK Civil Procedural Code will apply to identify whether a decision of foreign court or foreign arbitral tribunal would be enforceable in Kazakhstan. According to Art 425 of the RK Civil Procedural Code decisions of foreign courts and arbitration shall be acknowledged and enforced in Kazakhstan if it is provided for by the law or international treaty of the Republic of Kazakhstan and on the principle of mutuality. Particularly, enforcement of judicial decisions of courts of a particular foreign state shall be possible if there a bilateral treaty between Kazakhstan and a respective state exists. If to say about enforcement of foreign arbitral awards, such enforcement can be done on the basis of the *New York Convention on Acknowledgment and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958* to which Kazakhstan joined in 1995 pursuant to the *Decree of the RK President dated 4 October 1995 #2485*.

Similar consideration, as is made in the preceding paragraph, should be taken to the account when discussing mediation settlement reached in the court-annexed procedure and in foreign arbitration provided that the foreign court or arbitration tribunal approves respective settlement agreement. Respective judicial decision of a foreign court or foreign arbitral award by which a mediation settlement is approved or otherwise homologated can be enforced in Kazakhstan according to the provisions referenced above.

10. E-justice

The Mediation Law does not address the issue of possible use of information technologies for purpose of mediation. It allows the parties of mediation to agree on the procedure for conduct of

mediation provided that any such agreed procedure, including agreed application of respective regulations adopted by a mediation center, does not violate this Law (Art 17). At the same time it entitles mediators to independently choose means and methods of mediations admissible under this Law (clause 1 of Art 7).

However this Law does not propose any particular mean or method for mediation. We can only refer to Art 10(1) where it is provided for that mediator has the right to have meetings with all the parties together or each of them personally. The conclusion can be made that the Mediation Law does neither prohibit any use of electronic means of communication nor it prescribes to have only meetings in person for the mediation participants during the procedure or any stage of it (such as beginning, completion or other). Imperative provisions of the RK law or any principles of mediation (both express and, if any, implied) do not restrict this freedom of choice to use electronic devices, equipment and information technologies for out-of-court mediation in Kazakhstan.

With respect to the court-annexed mediation it worth to mention that Kazakhstani judicial system offers quite a wide range of opportunities for use (e)Justice device in the course of judicial proceeding starting from bringing a suit before court.

The reference can be made to the one of interviews that the former Chairman of the RK Supreme Court B. Beknazarov gave to mass media in 2013. He particularly mentioned the following: “Information technologies in the Republic of Kazakhstan have been used since 1999. Particularly, the integrated automated informational and analytical system of judicial bodies has been introduced in our country. Each suit is registered in the single database and this allows tracking the process on the case: to identify current stage of the proceedings, if there is any red tape. ...The system of videoconference is especially important for us. There quite a lot of judicial procedures are implemented by means of videoconference. ... Sms-messaging is used to summon witnesses for hearings. ... Special technology called ‘electronic observation proceeding’ is also used allowing participants of the proceedings to familiarize with a case materials being outside of the court, distantly: so, being at home a person can become familiar with all documents related to the process. This system shows positive effect. It is

very convenient for citizens. Besides, a claimant may file his claim to the court in the electronic form and to receive a decision in the same form. This makes an access to Justice easier.”¹ Detailed information concerning use of information technologies in courts of Kazakhstan, including retrospective analysis, description of current state of affairs and indication of ways for further development, can be found on the website of the Supreme Court of Kazakhstan².

The most of these technologies and means of communications are used in the judicial proceedings pursuant to respective provisions of the RK Civil Procedural Code. Among such provisions the following ones can be mentioned: Art 90 (regarding use of scientific and technical means in the process of presenting evidences), Art 134 (which allows summons to the courts hearing with use of sms-messaging to a subscriber number of cellular communications or electronic mail messages), Arts 150 and 151 (which provide for submission of a suit in the electronic format as e-document).

Based on the provisions of the RK Civil Procedural Code new forms of electronic interaction of citizens and organizations with judicial authorities via Internet resources were developed and presented in the Supreme Court in June 2014³. In connection with this one of important members of the Supreme Court of the RK specifically indicated that Internet and its facilities are considered as a sufficient precondition for development of (e)Justice in Kazakhstan, and the information technologies will be used for purposes of civil proceedings in courts to the maximum extent⁴. It is believed that such regulation will increase effectiveness of and impartiality in civil justice, it will have a positive impact on the quality of justice and further strengthening of independence of

¹ See: Beknazarov’s interview to Ukrainian mass media on 25 June 2013 at: <http://www.nomad.su/?a=10-201306260021>, accessed 24 August 2013.

² See: *Ganiyeva*. *Informatsionniye tehnologii v sovremennyh sudah Kazahstana* (Information technologies in modern courts of Kazakhstan). – <http://sud.kz/rus/content/informacionnye-tehnologii-v-sovremennyh-sudah-kazahstana>, accessed 17 June 2014.

³ See: <http://www.zakon.kz/4629916-teper-sudebnye-dokumenty-mozhno-podavat.html>, accessed 5 June 2014.

⁴ See: <http://www.zakon.kz/4630019-kazahstanskije-sudi-budut-izuchat.html>, accessed 6 June 2014.

the judiciary¹. In addition, as expected it will help to considerably decrease budget expenses. Particularly, it was calculated that with the proposed introduction of an online-service for the purpose to facilitate familiarization with judicial documents on the web site of the Supreme Court of the RK expenses for paper, other consumables and posting will be reduced by ten times².

No doubt that these technologies and means of communication can be used for mediation taking place within the course of respective judicial proceedings.

В.Т. Конусова

НЕКОТОРЫЕ АСПЕКТЫ СОСТОЯНИЯ И ПЕРСПЕКТИВ РАЗВИТИЯ МЕДИАЦИИ В КАЗАХСТАНЕ

Для целей анализа, проведенного в данной работе, мы не будем подробно останавливаться на толковании «медиации», истории ее формирования в мире, но сконцентрируемся на текущем состоянии развития института медиации в Республике Казахстан и некоторых возможных путях ее дальнейшей эволюции. Для общего понимания лишь отметим, что медиация происходит от латинского слова «mediation», которое означает «посредничество» и подразумевает процесс разрешения конфликтов путем обращения к третьей стороне (медиатору), посреднику, который способствует выработке примирительного соглашения. Однако медиатор не принимает решения самостоятельно, очень важно подчеркнуть, что он лишь помогает сторонам самим выработать решение, которое удовлетворит обе стороны. Как отмечает Н.В. Сухова, «медиация опирается на ведение переговоров в русле сотрудничества и ориентацию на результат «выигрыш – выигрыш»³. Таким образом, в ходе медиации стороны сами принимают решение, которое удовлетворит их, не доводя дело до судебного решения.

¹ See: <http://www.zakon.kz/4630009-v-kazakhstan-obsuzhdajut-novuju.html>, accessed 6 June 2014.

² See: <http://bnews.kz/ru/news/post/209222/>, accessed 17 June 2014.

³ Сухова Н.В. Принципы процесса медиации // Вестник Томского государственного университета. 2013. №3

Сама по себе медиация была институализирована в США в 60–70-х годах прошлого века на основе института посредничества, как структурированного процесса разрешения конфликтов, и за годы своего существования она сумела зарекомендовать себя в качестве эффективного института разрешения конфликтов. Закон Республики Казахстан «О медиации» (далее – Закон о медиации) был подписан Президентом Республики Казахстан 28 января 2011 года и был введен в действие по истечении шести месяцев после его первого официального опубликования. К настоящему моменту данный Закон действует на протяжении семи лет, что позволяет сделать выводы о его эффективности, а также прогнозы о перспективах развития законодательства о медиации.

Основными принципами медиации, указанными в ст. 4 Закона о медиации, являются принципы: добровольности; равноправия сторон медиации; независимости и беспристрастности медиатора; недопустимости вмешательства в процедуру медиации; конфиденциальности. Остановимся чуть более подробно на каждом из данных принципов, так как их понимание необходимо для общего представления об институте медиации и оценки тех проблем, которые в настоящее время стоят перед казахстанским законодателем (о них будет сказано чуть ниже).

Добровольность является основным и ключевым принципом медиации, который лежит в основе всего института альтернативных способов разрешения конфликтов. Невозможно заставить стороны без их желания начать процедуры примирения. Добровольность выражается, во-первых, в том, что согласие сторон необходимо для передачи конфликта на разрешение с использованием внесудебных способов. Во-вторых, согласие сторон необходимо для окончательного разрешения конфликта, то есть выражения согласия сторон с предложенными условиями урегулирования спора. При этом очень важно понимать, что действие принципа добровольности продолжается и после завершения самого рассмотрения спора, уже на этапе исполнения принятого соглашения. Таким образом, осуществление медиации в обязательном порядке искажает назначение и природу данного института.

Принцип равноправия сторон медиации подразумевает

равные права сторон при проведении процедуры медиации. Это значит, что каждый имеет право высказать свое мнение о споре (конфликте), выдвинуть свои требования (претензии), а также на оценку мнения другой стороны. При этом данный принцип тесно переплетается с принципом добровольности, так как никто не вправе навязывать сторонам какое-либо решение помимо их воли. Стороны также несут и равные обязанности и, в первую очередь, это относится к обязанности исполнения принятого решения.

Независимость и беспристрастность медиатора также является важным принципом медиации, без соблюдения которого невозможно обеспечение процедуры медиации. Данный принцип указан в Законе «О медиации» в статье 7 совместно с принципом недопустимости вмешательства в процедуру медиации, что обусловлено тесной связью данных принципов. Медиатор при проведении процедуры медиации независим от сторон, государственных органов, иных юридических, должностных и физических лиц. Он самостоятелен в выборе средств и методов медиации, однако данные средства и методы не должны противоречить законодательству Республики Казахстан.

Следующий принцип медиации – принцип недопустимости вмешательства в процедуру медиации. Он также тесно связан с другими принципами медиации. Не допускается любое давление на стороны, принимающие участие в медиации, и на самого медиатора. Решение, которое будет принято в ходе медиации, должно быть принято и одобрено обеими сторонами, без давления извне. Но здесь следует сделать оговорку, предусмотренную в законодательстве о медиации, – вмешательство допускается в случаях, предусмотренных законами Республики Казахстан.

Наконец, принцип конфиденциальности, хоть и указывается в Законе о медиации последним, остается одним из важнейших принципов процедуры медиации. Без соблюдения данного принципа не может быть обеспечено в полной мере доверие сторон к процедуре медиации. Это значит, что стороны и сам медиатор не должны разглашать информацию, полученную в ходе процедуры медиации, без соответствующего письменного разрешения стороны, предоставившей данную информацию. Медиатор не может быть допро-

шен свидетелем по обстоятельствам, полученным в ходе медиации. Но Закон о медиации также делает оговорку о допустимости участия медиатора в качестве свидетеля в случаях, предусмотренных законодательством.

Согласно ст. ст. 14, 20 Согласительного регламента ЮНСИТРАЛ¹, а также ст. 9 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международной коммерческой согласительной процедуре принцип конфиденциальности объединяет три аспекта: конфиденциальность содержания процедуры медиации, конфиденциальность достигнутого соглашения и конфиденциальность самого факта проведения процедуры медиации. Содержание процедуры медиации может быть раскрыто только в части, необходимой для его исполнения².

В Республике Казахстан соблюдение данного принципа обеспечивается на законодательном уровне. Так, разглашение медиатором полученной им информации влечет за собой административную ответственность согласно ст. 86 Кодекса об административных правонарушениях. А согласно п. 2 ст. 8 Закона о медиации устанавливается то, что медиатор не может быть допрошен в качестве свидетеля по сведениям, ставшим ему известными в ходе медиации. Аналогичные нормы существуют и в законодательстве зарубежных государств, например, в США в отдельных штатах действуют нормы, запрещающие медиаторам раскрывать информацию по рассматриваемым ими делам³.

Следует обратить внимание, что, согласно подпункту 8 ст. 2 Закона о медиации участниками медиации являются медиатор и стороны медиации. А это значит, что требования принципа конфиденциальности (п. 1 ст. 8 Закона о медиации) распространены только на стороны медиации и самого медиатора, что оставляет возможность иным лицам,

¹ Согласительный регламент ЮНСИТРАЛ // Сайт ЮНСИТРАЛ // <https://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/conc-rules/conc-rules-r.pdf> (Дата обращения 30.05.2019).

² Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международной коммерческой согласительной процедуре // Сайт ЮНСИТРАЛ // https://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/ml-conc/03-90955_Ebook.pdf (Дата обращения 30.05.2019).

³ Ковач К. Фундаментальные основы альтернативного разрешения споров. К., 2004. С. 23.

привлекаемым к участию в процедуре медиации (эксперты, представители и т.д.), игнорировать данный принцип.

Все вышеуказанные принципы гармонично сочетают и дополняют друг друга, создавая единую систему медиации. Тем не менее следует отметить, что на момент обретения Республикой Казахстан независимости в правовом пространстве институт медиации не был законодательно закреплен, а его обсуждение и постепенно развитие началось лишь в начале 2000-х годов. В этот период времени в трудах ведущих ученых-правоведов стал подниматься вопрос о необходимости внедрения в казахстанское законодательство позитивной мировой практики медиации. Впервые на официальном уровне медиация была упомянута 20 сентября 2002 года, когда Президентом Казахстана был издан Указ «О Концепции правовой политики Республики Казахстан». В данном документе отмечалась необходимость общей гуманизации уголовной политики, а также указывалось, что подобная гуманизация должна быть отражена через более «широкое внедрение института примирения».

В последующие годы эта идея нашла отражение в работах ученых-юристов. Также казахстанская судебная практика пришла к выводу о необходимости поиска и продвижения альтернативных суду способов разрешения конфликтов. И со всех данных позиций медиация представлялась идеальным вариантом решения проблемы. Она позволяла снизить нагрузку на судебные органы, уменьшить общее количество гражданских дел (особенно семейно-бытовых конфликтов), гуманизировать уголовное законодательство и т.д. Все это делало неизбежным разработку и принятие соответствующего закона. Например, еще в 2009 году М.К. Сулейменов указывал, что *«число, сложность и масштабность споров увеличивается настолько, что судебная система объективно не способна обеспечить их надлежащее разрешение»*¹.

К сожалению, после принятия Закона о медиации первоначально широкого распространения процедура медиации не получила. Этому способствовало несколько причин. Во-первых, низкая осведомленность населения о существовании процедуры медиации и отсутствие общего понимания о

¹ Сулейменов М.К. Медиация в Республике Казахстан: современное состояние и перспективы развития. //Юрист.– 2009.– №12. – С.12-19.

ее содержании. Во-вторых, недоверие сторон конфликта к юридической силе принимаемого в рамках процедуры медиации соглашения об урегулировании спора (конфликта). В-третьих, наследие «советской ментальности», которое создает ложное представление о том, что конфликт может быть решен только через суд.

Ученые-юристы неоднократно обращали внимания на проблему низкой популярности медиации¹. И для ее решения предлагалось множество различных решений. Однако не все подобные предложения могли быть применены на практике, так как многие из них зачастую противоречили самой идее медиации. Например, все попытки введения принудительной медиации противоречат принципу добровольности медиации. Тем не менее до сих пор происходят периодические попытки как отдельных людей, так и юридических лиц внести подобные поправки в закон. Обосновывают подобные предложения, как правило, важностью определенного вопроса (например, семейно-бытовых отношений, защиты прав детей и т.д.). Отметим, что нарушение принципа добровольности влечет за собой нивелирование возможности добровольного разрешения спора сторонами (в случае судебного разрешения конфликта решение будет исполнено в принудительном порядке) и добровольного исполнения договора о медиации.

Все это, впрочем, не останавливает граждан, имеющих далекое представление о медиации, от попыток включения в законодательство норм, принуждающих к процедуре медиации по разным категориям дел. Более того, подобные поправки включались практически в каждый проект закона, внесившего изменения в Закон о медиации, как на стадии разработки концепции, так и на стадии обсуждения самого законопроекта. Об этом будет указано чуть ниже, а пока вернемся к обзору процесса внедрения процедур медиации в Казахстане.

Для решения проблемы низкой популярности медиации в Казахстане начался процесс введения «судебной медиации».

¹ См., например: *Бикситова Б.С.* О проблемах внедрения медиации в Казахстане // <http://www.enu.kz/repository/repository2014/o-problemah-mediicii.pdf>; *Конусова В.Т.* Медиация как эффективная процедура урегулирования гражданско-правовых споров // *Зангер.* 2011. №11 (124). С. 82-83.

ции». Одним из действенных механизмов широкого распространения медиации, как процедуры урегулирования правовых конфликтов, представляется оптимизация взаимодействия судебной системы и профессиональных организаций медиаторов в рамках существующей в Казахстане модели судебной медиации. Наиболее популярной формой защиты права среди населения является судебная защита прав и законных интересов. В этой связи были сделаны выводы о том, что вовлечение суда в процесс популяризации медиации может стать толчком в широком распространении данного института. Эти выводы подтвердились с момента запуска пилотного проекта судебной медиации в Казахстане.

Согласно п. 4 ст. 179 Гражданского процессуального кодекса Республики Казахстан (далее – ГПК РК), *«для проведения медиации в суде первой инстанции дело передается другому судье. По ходатайству сторон медиация может быть проведена судьей, в производстве которого находится дело. Для проведения медиации в суде апелляционной инстанции дело передается, как правило, одному из судей коллегиального состава суда»*. В целом, под судебной медиацией понимается процедура урегулирования конфликта, проводимая после возбуждения дела в суде и по предложению судьи, в производстве которого находится гражданское дело. В зависимости от степени вовлеченности судьи в процедуру медиации выделяют две основные модели судебной медиации: «сближенную» и «интегрированную» модели.

В первом случае медиация проводится, как правило, профессиональным медиатором, работающим вне здания суда. «Сближенной» данная модель называется, так как в ней медиация представляет собой стороннюю по отношению к судебному разбирательству процедуру, но непосредственно связанную с ним потому, что во время проведения медиации суд занимает выжидательную позицию и откладывает совершение дальнейших процессуальных действий до получения результатов примирительной процедуры. Этот тип процедуры, в котором наиболее четко выражается взаимодействие судьи и независимого медиатора, в настоящее время получил широкое распространение в Нидерландах.

Интегрированная судебная медиация предусматривает проведение процедуры одним из сотрудников суда, как пра-

вило, специально обученным действующим судьей. При этом судебное разбирательство по делу также приостанавливается, но медиация проводится в здании суда. Подобная модель медиации применяется в Германии.

Таким образом, на основании вышеизложенного можно утверждать, что Казахстан воспринял «сближенную» голландскую модель судебной медиации, однако не все элементы данной модели были успешно имплементированы. Так, действующее законодательство предусматривает возможность заключения сторонами соглашения о проведении медиации в рамках судопроизводства, что, в свою очередь, является основанием приостановления производства по делу (подпункт 7) ч. 1 ст. 272 ГПК РК). Совокупность юридических фактов, заключение сторонами соглашения об урегулировании спора (конфликта) в порядке медиации и его утверждение судом является основанием прекращения производства по делу (подпункт 6) ст. 277 ГПК РК). При этом суд занимает лишь пассивную, выжидательную позицию без активного участия в процессе вовлечения сторон в орбиту альтернативного разрешения споров. Тесное взаимодействие государственной судебной системы с организациями медиаторов отсутствует.

Введение института судебной медиации позволило существенно увеличить статистику обращения к процедуре медиации, а также способствовало популяризации медиации. По данным Министерства юстиции на середину 2018 года, 30-40 процентов всех споров проходят через процедуру медиации, в 85 процентах из них достигнуты положительные результаты¹. Тем не менее судебная медиация имеет и существенные минусы. Во-первых, она не способствует ожидаемой «разгрузке» работы судов, а во-вторых, общая статистика может создать ложное представление о широком распространении процедуры медиации и отсутствии проблем по ее популяризации, что, безусловно, не соответствует истине.

Ситуация значительно осложняется и тем фактом, что с момента принятия Закона о медиации вопрос контроля за этой процедурой был закреплен за разными государствен-

¹ Сайт Министерства юстиции Республики Казахстан: <http://www.kst.adilet.gov.kz/kk/node/200493> (Дата обращения: 21.05.2019).

ными органами. Действующая в Казахстане практика предусматривает отнесение вопроса к компетенции того или иного органа, исходя из того, какой государственный орган являлся органом-разработчиком закона, которым данный вопрос регулируется. Так, разработчиком Закона о медиации является Верховный Суд Республики Казахстан. Этот факт, а также то, что в настоящее время активно применяется судебная медиация, обуславливает закрепление данных функций за Верховным Судом. Тем не менее Верховным Судом вопрос медиации был передан Ассамблее народа Казахстана. Наконец в 2018 году вопросы развития медиации были переданы в компетенцию новообразованного Министерства общественного развития¹.

Как нами уже отмечалось выше, в практически каждом проекте закона, вносящем поправки в законодательство о медиации, присутствуют попытки искажения основных принципов альтернативных способов урегулирования конфликтов, не соответствующие общему пониманию института медиации. Мы рассмотрели это на примере опасности искажения принципа добровольности в медиации. Однако искажения основных идей медиации не ограничиваются только этим примером.

Например, в 2018 году мною были рассмотрены предложения Ассамблеи народа Казахстана (АНК) по внесению изменений и дополнений в Закон Республики Казахстан «О медиации». В частности, предлагалось дополнить ст. 22 Закона о медиации в п. 3 указанием, что для социально уязвимых слоев населения медиация проводится бесплатно. По этому поводу следует отметить, что п. 3 ст. 13 Конституции Республики Казахстан закрепляет право каждого на получение квалифицированной юридической помощи. Согласно ст. 7 Закона Республики Казахстан «О гарантированной государством юридической помощи», такая помощь оказывается:

1) государственными органами в пределах своей компетенции;

¹ См. Положение о Министерстве информации и общественного развития Республики Казахстан, утвержденное постановлением Правительства Республики Казахстан от 26 марта 2019 года №142 и ранее действовавшим Постановлением Правительства Республики Казахстан от 21 июля 2018 года №444.

2) адвокатами (ст. 6 Закона Республики Казахстан «Об адвокатской деятельности», ст. 67 УПК РК, ст. 750 КоАП РК);

3) нотариусами в отношении определенных категорий лиц (п. 2 ст. 30-1 Закона Республики Казахстан «О нотариате»);

4) частными судебными исполнителями в случаях и порядке, установленных Законом Республики Казахстан «Об исполнительном производстве и статусе судебных исполнителей».

Медиативные услуги не входят в предмет регулирования Закона Республики Казахстан «О гарантированной государством юридической помощи». Нельзя возлагать на медиаторов дополнительную обязанность, которая никак не будет компенсироваться с учетом и без того невысокой популярности процедур медиации среди населения. Более того, медиация не всегда проводится профессиональными юристами и не может рассматриваться как юридическая услуга.

Следует также рассмотреть возможность внедрения перспективных правовых институтов оказания юридической помощи, таких как *pro bono*. Оказание юридических услуг *pro bono* не оплачивается государством, но оказывается юридическим сообществом на добровольных началах и является элементом социальной ответственности юридической профессии. Следует также особо отметить, что услуги *pro bono* не могут оказываться по принуждению, так как это право, а не обязанность. Оказание услуг *pro bono* не является обязательным, но данные об оказанных услугах публикуются, что служит хорошей рекламой самих юристов, адвокатов и юридических фирм. Аналогичную практику можно внедрить и в отношении медиаторов в Казахстане.

Другим примером является попытка включить в Закон о медиации нормы о юридической ответственности медиаторов. Отметим, что медиатор не принимает решения самостоятельно, но организует деятельность по примирению сторон. Все решения стороны принимают сами в соответствии с принципами проведения медиации. В соответствии с п. 1 ст. 5 Закона о медиации условием участия в процедуре медиации является взаимное добровольное волеизъявление сторон, выраженное в договоре о медиации. Таким образом, нецелесообразным является установление ответ-

ственности медиатора, так как данная норма может повлечь двоякое толкование.

В настоящее время Министерством общественного развития разрабатывается закон, которым предусматривается внесение изменений в законодательство о медиации. В рамках работы над данным законопроектом орган-разработчик собрал предложения со стороны различных организаций и физических лиц, что также привело к включению в проект закона противоречивых норм. Например, нормы, обязывающие обратиться к процедуре медиации при расторжении брака, которые нарушают не только принцип добровольности медиации, но и конституционное право граждан на обращение в суд. Или нормы, вменяющие в обязанности медиатора *«активно информировать население о Законе, медиации и ее преимуществах»*. При этом неясно, как будет осуществляться оценка «активности» информирования населения, норма оставляет возможности для различного ее толкования. Таким образом, поправка, предложенная разработчиком, является декларативной, что противоречит требованиям к оформлению нормативного правового акта. К слову, данное предложение перекочевало в проект закона из направленных ранее предложений Ассамблеи народа Казахстана. Таким образом, в закон предстоит внести большое количество изменений и дополнений, прежде чем он будет принят. И похожая ситуация происходит каждый раз, когда разрабатывается новый проект закона, вносящий изменения в Закон о медиации.

Перейдем к конкретным предложениям об улучшении медиации. В этой связи рассмотрим вопрос о том, как законодательство о медиации может быть улучшено. Например, в настоящее время в законодательстве Республики Казахстан отсутствуют какие-либо гарантии соблюдения договора о медиации. Для сравнения: согласно подпункту 7 ч. 1 ст. 152 ГПК РК судья возвращает исковое заявление при наличии соглашения о передаче спора на разрешение арбитража. Медиация и другие альтернативные судебному способы разрешения споров имеют похожую правовую природу, в связи с этим необходимо применять к данным процедурам равные правовые гарантии исполнения соглашения об их применении.

Также считаем возможным внести изменения в Закон о медиации в части расширения функций медиаторов, осуществляющих свою деятельность на непрофессиональной основе, а также уточнения законодательства в вопросах проведения медиации членами местного сообщества. В нашем законодательстве, несмотря на разграничение профессиональных и непрофессиональных медиаторов, большее значение придается профессиональным организациям медиаторов. Между тем имеется позитивный опыт соседних государств, в частности КНР, где до 30% всех гражданских споров решается во внесудебном порядке. При этом в КНР упор сделан на некоммерческую – «народную» медиацию. Отметим, что продвижение примирительных процедур на местном уровне позволило бы решать спорные вопросы, не доводя их до судебного рассмотрения, что является приоритетным направлением развития медиации.

В Сингапуре имеется специальный закон по вопросам регулирования общинной медиации, именуемый Актом центров общинной медиации 1997 г. Согласно этому закону директор Центра общинной медиации может возглавлять сразу несколько центров общинной медиации. Также уполномоченный Министр по рекомендации Директора может назначить любое лицо в качестве медиатора Центра, вместе с тем он правомочен отменить любое такое назначение. Сумма вознаграждения медиатора определяется Министром.

Заседание медиации может проводиться как одним, так и несколькими медиаторами, назначенными для этой цели Директором Центра. Ни один спор не может быть принят Центром без согласия на то Директора. Медиация может быть прекращена в любое время как медиатором, так и Директором. Порядок проведения медиации в Центре общинной медиации определяется Директором. Медиация проводится в закрытом режиме, однако с согласия Директора и сторон спора лица, не являющиеся участниками спора, могут также принять участие в заседании. Процедура общинной медиации применяется к спорам семейного, социального и общинного характера.

Аналогичный опыт имеется и в США, где, как известно, первые программы медиации в общинах были введены начиная с 1960-х гг. в штатах Филадельфия, Колумбия и

Огайо по инициативе местных прокуроров и судей. Сегодня программы медиации финансируются из различных источников, в частности, местными администрациями, правительствами штатов, частными фондами, церквями, федеральным правительством. Чаще всего к медиации обращаются в случаях нарушения общественного спокойствия и мелких правонарушений. Особенностью медиации в общине является привлечение волонтеров для помощи центрам медиации.

Как этот опыт может быть воспринят Республикой Казахстан? Исторически казахское общество обладало опытом обращения к народным медиаторам – институту биев и казиев. И хотя исторический опыт в настоящее время существенно размыт современными правовыми институтами, отдельные элементы социального и культурного поведения все еще достаточно сильны, особенно в сельской местности. Все это может стать основой для развития общинной медиации. Однако развитие данного направления медиации в Казахстане потребует введения соответствующих систем поощрения в отношении медиаторов, действующих на непрофессиональной основе, а также иные формы стимулирования общинной медиации.

Необходимо также проработать вопросы закрепления принципа конфиденциальности в медиативных процедурах. Анализ зарубежного опыта указывает на усеченное отражение данного принципа в законодательстве Республики Казахстан. Так, согласно п. 1 ст. 8 Закона о медиации участники медиации не вправе разглашать сведения, ставшие известными им в ходе медиации, без письменного разрешения стороны медиации, предоставившей эту информацию. В ст. 85 Кодекса «Об административных правонарушениях» предусматривается административная ответственность участников медиации за разглашение сведений, ставших известными в ходе проведения медиации без разрешения стороны, предоставившей эту информацию, если это действие не содержит признаков уголовно наказуемого деяния. Однако подпункт 5 ч. 3 ст. 80 ГПК распространяет свидетельский иммунитет только в отношении медиатора, судьи, проводившего медиацию. Поэтому представляется необходимым расширение принципа конфиденциальности, распро-

странения принципа действия на всех участников медиации и всей информации, относящейся к процедуре.

Требует пересмотра и совершенствования институт медиации, осуществляемый членами местного сообщества. С момента принятия Закона в 2011 году значительной динамики развития данного института не прослеживается. Отсутствует информация о ведении акимами реестров непрофессиональных медиаторов, а также статистические данные о деятельности непрофессиональных медиаторов. Необходимо разработать систему мер по информационно-му освещению возможностей медиации в сельской местности, что требует системного и централизованного подхода.

Все эти направления должны быть реализованы в разрабатываемых в настоящее время законопроектах. Можно предположить, что их внедрение позволит существенно повысить эффективность процедур медиации в Казахстане и их распространенность. Однако все эти меры не возымеют должного действия без преодоления правового нигилизма населения.

Сегодня в обществе не сформировалось единое понимание сути деятельности медиаторов. Большинство населения едва знакомо с профессией медиатора и, как следствие, имеет к ней невысокий уровень доверия. Так, граждане Казахстана более склонны доверять судебному разбирательству, которое представляется законодательно защищенным, чем процедура медиации. Это ошибочное представление, тем не менее, прочно укоренилось в сознании граждан.

Одним из действенных механизмов широкого распространения медиации является оптимизация взаимодействия судебной системы и профессиональных организаций медиаторов в рамках существующей в Казахстане модели судебной медиации. Представляется возможным разработать программу взаимодействия судебных органов и организаций медиаторов. В рамках этой программы возможно внедрение позиции медиатора-консультанта при судах с ведением статистического учета обращений к медиатору-консультанту и итогов подобных обращений. В качестве медиаторов-консультантов могут выступать представители объединений профессиональных медиаторов.

Таким образом, институт медиации в Республике Казахстан еще очень далек от совершенства, и предстоит большой объем работы, прежде чем медиация прочно войдет в сознание граждан и сможет по-настоящему стать заменой судебным способам разрешения конфликтов. Пока этого не произошло, медиация в Казахстане продолжит быть представленной, по большей части, судебной медиацией. Тем не менее законопроектная работа, которая ведется в настоящее время, оставляет широкое пространство для дальнейшего развития процедур медиации в Казахстане.

К.М. Ильясова

ВОПРОСЫ АЛЬТЕРНАТИВНОГО РАЗРЕШЕНИЯ СПОРОВ ПО КОНТРАКТАМ НА НЕДРОПОЛЬЗОВАНИЕ

Вопросы альтернативного разрешения споров (далее – АРС)¹ являются одними из важных в механизме урегулирования споров, возникающих из гражданско-правовых отношений. Вместе с тем в доктрине нет единого мнения о понятии и способах АРС, месте таких способов в системе и механизме разрешения споров².

В казахстанской литературе высказывалось мнение о том, что АРС применяются для достижения сторонами со-

¹ В литературе также используется понятие «альтернативные процедуры разрешения споров (АПРС)».

² См.: Сулейменов М.К. Международное частное право и международный гражданский процесс: Учебник в двух частях/ М.К. Сулейменов. – Алматы: ТОО «Юридическая фирма «Зангер», 2018. С. 384-395; Конусова В.Т. Негосударственные процедуры урегулирования гражданско-правовых споров: Дис... канд. юрид. наук. – Астана, 2010; Куанышев Б.Г. Альтернативные процедуры разрешения споров и их соотношение с механизмом защиты гражданских прав // Защита гражданских прав: Материалы Международной научно-практической конференции (в рамках ежегодных цивилистических чтений) /Отв. ред. М.К. Сулейменов. Алматы: НИИ частного права КазГЮУ, 2005, С. 426-432; Сулейменов М.К., Куанышев Б.Г. Альтернативные процедуры разрешения споров // Сулейменов М.К. Арбитражные (третейские) суды в Казахстане: прошлое, настоящее, будущее. Алматы: КМА, НИИ частного права, 2007, С. 50-59.

глашения по возникшему между ними спору, при необходимости привлекая третье независимое лицо, суждения которого по поводу спора являются рекомендательными¹. М.К. Сулейменов АРС определяет как совокупность средств и методов, применяемых сторонами для достижения соглашения, при необходимости с привлечением третьего независимого лица, суждения которого по поводу спора являются или рекомендательными, или обязательными².

Исходя из различий в понимании сущности АРС, авторы по-разному определяют и виды способов разрешения споров, которые относятся к АРС. В своем совместном докладе на конференции, посвященной третейским судам РК, Ю.Г. Басин и М.К. Сулейменов отмечали, что ранее выделялись три основных вида АРС: 1) переговоры; 2) посредничество; 3) арбитраж. Однако, признают они, в последние годы развиваются все новые и новые виды АРС³. Одним из спорных является вопрос об отнесении к АРС арбитражного порядка разрешения споров⁴. Американские юристы исключают арбитраж из АРС, но в то же время насчитывают около двадцати процедур урегулирования споров⁵. Есть казахстанские авторы, которые также исключают арбитраж из АРС. Так, Б.Г. Куанышев отмечает, что третейский суд (коммерческий арбитраж) не является частью АРС, так как характеризует собой отдельную форму защиты гражданских прав⁶. В отличие от указанного авто-

¹ Куанышев Б.Г. Указ. соч. С. 431.

² Сулейменов М.К. Международное частное право и международный гражданский процесс: Учебник в двух частях/ М.К. Сулейменов. – Алматы: ТОО «Юридическая фирма «Зангер», 2018, С. 388.

³ Басин Ю.Г., Сулейменов М.К. Третейский суд в Казахстане: проблемы правового регулирования.// Третейский суд в Казахстане: проблемы правового регулирования. Материалы Международной научно-практической конференции – Алматы: КазГЮУ, 2011. С. 19.

⁴ Сулейменов М.К. Международное частное право и международный гражданский процесс: Учебник в двух частях/ М.К. Сулейменов. – Алматы: ТОО «Юридическая фирма «Зангер», 2018. С. 385.

⁵ Басин Ю.Г., Сулейменов М.К. Указ. соч. С. 19; Сулейменов М.К. Международное частное право и международный гражданский процесс: Учебник в двух частях/ М.К. Сулейменов. – Алматы: ТОО «Юридическая фирма «Зангер», 2018. С. 387.

⁶ Куанышев Б.Г. Указ. соч. С. 432.

ра, по мнению М.К. Сулейменова, переговоры и арбитраж являются важными видами АРС. Он считает, что нельзя по внешне совпадающим признакам объединять в единое целое арбитраж и государственный суд, которые являются принципиально разными институтами (один – частный, другой – публичный)¹. Аналогичное мнение высказывалось М.К. Сулейменовым и Дуйсеновой А.Е. в коллективной монографии, посвященной вопросам защиты гражданских прав².

Спорным является также вопрос об отнесении к АРС претензионного порядка урегулирования споров. М.К. Сулейменов признает нецелесообразным отнесение такого порядка к АРС и отмечает, что он относится к досудебному порядку урегулирования споров и неразрывно с ним связан³.

Не вдаваясь в дискуссию по вопросу о понятии и способах АРС, полагаю, что к альтернативным способам разрешения споров, возникающих из контрактов на недропользование, относятся непосредственные переговоры, примирительные процедуры, арбитраж. При этом необходимо учитывать, что существуют способы, которые могут применяться в рамках судебного разбирательства (медиация, мировое соглашение, партисипативная процедура). Согласно п. 2 ст. 48 ГПК РК, суд не утверждает мирового соглашения сторон или соглашения сторон об урегулировании спора (конфликта) в порядке медиации либо соглашения об урегулировании спора в порядке партисипативной процедуры, если эти действия противоречат закону или нарушают чьи-либо права, свободы и законные интересы. М.К. Сулейменов отмечает, что примирительные процедуры традиционно рассматривались как внесудебные способы разрешения споров. Однако понятие АРС существенно изменилось. Под

¹ Сулейменов М.К. Международное частное право и международный гражданский процесс: Учебник в двух частях/ М.К. Сулейменов. – Алматы: ТОО «Юридическая фирма «Зангер», 2018. С. 387.

² Защита гражданских прав: Монография/ Отв. ред. М.К. Сулейменов. – Алматы: НИИ частного права КазГЮУ, 2011. С. 488.

³ Сулейменов М.К. Международное частное право и международный гражданский процесс: Учебник в двух частях/ М.К. Сулейменов. – Алматы: ТОО «Юридическая фирма «Зангер», 2018. С. 390.

ними стали понимать также и процедуры, существующие внутри судебной системы¹.

В Республике Казахстан на разных этапах подход законодательства к регулированию вопроса об альтернативных способах разрешения споров, возникающих из контрактов на недропользование, отличался.

Действующее законодательство РК о недрах и недропользовании не регулирует вопрос об АРС. Согласно ст. 78 Кодекса РК от 27.12.2017 г. «О недрах и недропользовании» (далее – Кодекс о недрах) споры, связанные с осуществлением, изменением или прекращением права недропользования, подлежат урегулированию в соответствии с законами Республики Казахстан и международными договорами, ратифицированными Республикой Казахстан. Изложенные положения ст. 78 на основании п. 3 ст. 277 Кодекса применяются к отношениям по разрешениям, лицензиям и контрактам на недропользование, выданным и заключенным до введения в действие Кодекса.

Типовыми контрактами на недропользование² (далее – Типовые контракты 2018 г.) также не регулируются АРС, за исключением переговоров. Так, ими предусмотрены положения о ведении переговоров, которые можно рассматривать как досудебную или доарбитражную процедуру, в зависимости от того, в каком порядке может осуществляться защита нарушенных прав, в судебном или арбитражном. Так, согласно Типовому контракту на разведку и добычу углеводородов, если споры, связанные с осуществлением, изменением или прекращением Контракта, не могут быть разрешены в течение шести месяцев путем переговоров, то такие споры подлежат разрешению в соответствии с законодательством Республики Казахстан (п. п. 111 и 113).

В связи с изложенным, вопросы применения АРС к спорам, возникающим из контрактов на недропользование, подлежат регулированию в соответствии с законами Респу-

¹ Сулейменов М.К. Указ. соч. С. 395-396.

² См.: Об утверждении типовых контрактов на недропользование. Приказ Министра энергетики Республики Казахстан от 11 июня 2018 года №233. Зарегистрирован в Министерстве юстиции Республики Казахстан 29 июня 2018 года №17140.

блики Казахстан и международными договорами, ратифицированными Республикой Казахстан.

Согласно п. 1 ст. 9 ГК РК защита гражданских прав осуществляется судом, арбитражем. Арбитражный порядок разрешения споров применяется в Казахстане при определенных условиях. Закон РК от 8 апреля 2016 г. «Об арбитраже» (далее – Закон об арбитраже) по вопросу о передаче спора на разрешение арбитража предусматривает следующие основные положения: 1) спор может быть передан на рассмотрение арбитража при наличии заключенного между сторонами арбитражного соглашения; 2) арбитражное соглашение может быть заключено сторонами в отношении споров, которые возникли или могут возникнуть между сторонами по какому-либо конкретному гражданско-правовому отношению; 3) арбитражное соглашение в отношении спора, который находится на рассмотрении в суде, может быть заключено до принятия решения по спору указанным судом; 4) в арбитраж по соглашению сторон могут передаваться споры, вытекающие из гражданско-правовых отношений, между физическими и (или) юридическими лицами.

При определении допустимости арбитражного порядка разрешения споров, вытекающих из гражданско-правовых отношений, необходимо учитывать, что в законодательстве об арбитраже содержатся некоторые запреты на применение такого порядка разрешения спора. Так, согласно п. 8 ст. 8 Закона об арбитраже арбитражу не подведомственны споры, по которым затрагиваются интересы несовершеннолетних лиц, лиц, признанных в порядке, установленном законом, недееспособными или ограниченно дееспособными, о реабилитации и банкротстве, между субъектами естественных монополий и их потребителями, между государственными органами, субъектами квазигосударственного сектора. Согласно п. 9 указанной статьи арбитраж не вправе рассматривать споры, возникающие из личных неимущественных отношений, не связанных с имущественными.

В п. 10 ст. 8 Закона об арбитраже предусмотрен запрет на разрешение спора между физическими и (или) юридическими лицами Республики Казахстан, с одной стороны, и 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, с другой – при отсутствии согласия уполномоченного органа соответствующей отрасли (в отношении республиканского имущества) или местного исполнительного органа (в отношении коммунального имущества). При наличии намерения заключить арбитражное соглашение указанные юридические лица должны направить соответственно в уполномоченный орган соответствующей отрасли или местный исполнительный орган запрос о даче согласия на заключение такого соглашения с указанием прогнозируемых сумм расходов на арбитражное разбирательство.

В связи с приведенными положениями Закона об арбитраже возникает вопрос о том, распространяется ли изложенный порядок заключения арбитражного соглашения на споры, возникающие из контрактов на недропользование. При определении позиции по данному вопросу необходимо учитывать, что сторонами контракта на недропользование являются государство, от имени которого действует государственный орган, и недропользователь, юридическое или физическое лицо. Так, согласно п. 2 ст. 35 Кодекса о недрах по контракту на недропользование одна сторона (Республика Казахстан в лице компетентного органа) обязуется предоставить на определенный срок другой стороне (недропользователю) право недропользования, а недропользователь обязуется за свой счет и на свой риск осуществлять недропользование в соответствии с условиями контракта и настоящим Кодексом.

В связи с изложенным, сторонами спора, возникающего из контракта на недропользование, являются государство, от имени которого действует государственный орган, и недропользователь, юридическое или физическое лицо.

Законодательство об арбитраже не устанавливает запрет для разрешения споров, возникающих из контрактов с государством, в арбитраже. Согласно ст. 24 ГПК РК подведомственный суду спор (конфликт), возникший из гражданско-правовых отношений, по письменному соглашению сторон может быть передан на рассмотрение арбитража, когда это не запрещено законом.

С учетом изложенных положений законодательства РК

полагаем, что споры, возникающие из контрактов на недропользование, могут передаваться в арбитраж при наличии заключенного сторонами арбитражного соглашения.

Что касается порядка заключения арбитражного соглашения с участием государства в лице компетентного органа, необходимо учитывать, что порядок, предусмотренный к п. 10 ст. 8 Закона об арбитраже, относится к арбитражным соглашениям, заключаемым между 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, с одной стороны, и физическим и (или) юридическим лицам Республики Казахстан – с другой.

Соответственно, такой порядок не распространяется на арбитражные соглашения, заключаемые для разрешения споров, возникающих из контрактов на недропользование. Более того, в контрактах на недропользование (на разведку и добычу или добычу углеводородов, добычу урана) государство представлено компетентным органом, которым в настоящее время является Министерство энергетики РК. Указанное Министерство является уполномоченным органом в области углеводородов и добычи урана (статьи 62 и 63 Кодекса о недрах). Такой орган не может государству (или самому себе в случаях выступления от имени государства) давать согласие на заключение арбитражного соглашения.

Арбитражный порядок разрешения споров, возникающих из контрактов на недропользование, относится, безусловно, к тем контрактам на недропользование, по которым стороны заключили арбитражные соглашения, в том числе по ранее заключенным контрактам. Что касается понятия, содержания и порядка заключения арбитражных соглашений, то правила, предусмотренные в ст. 8 Закона об арбитраже, относятся к тем арбитражным соглашениям, которые заключены с момента принятия указанного Закона.

При этом в отношении порядка разрешения споров, возникающих из ранее заключенных контрактов, необходимо учитывать гарантии недропользователей. Так, при применении норм действующего законодательства РК о передаче

спора, возникшего из ранее заключенного контракта на недропользование, в арбитраж, необходимо учитывать положения, предусмотренные в ст. 30 Закона РК от 24 июня 2010 г. «О недрах и недропользовании» (далее – Закон о недрах 2010 г.). Действие данной нормы на основании п. 14 ст. 277 Кодекса о недрах сохранено в отношении ранее заключенных контрактов. Согласно ст. 30 Закона о недрах 2010 г. недропользователю гарантируется защита его прав в соответствии с законодательством Республики Казахстан. Изменения и дополнения законодательства, ухудшающие результаты предпринимательской деятельности недропользователя по контрактам, не применяются к контрактам, заключенным до внесения данных изменений и дополнений. Гарантии, установленные данной статьей, не распространяются на изменения законодательства Республики Казахстан в области обеспечения национальной безопасности, обороноспособности, в сферах экологической безопасности, здравоохранения, налогообложения и таможенного регулирования.

Вместе с тем, необходимо отметить, что Кодекс о недрах, стабилизировав условия контракта на основании п. 7 ст. 36 в отношении новых контрактов и на основании ст. 30 Закона о недрах 2010 года – в отношении ранее заключенных контрактов, не сохранил в отношении контрактов, заключенных в период действия Закона РК от 27.12.1994 г. «Об иностранных инвестициях» (далее – Закон об иностранных инвестициях), гарантии стабильности законодательства.

В этой связи, в случае если стороны контракта на недропользование не заключили арбитражное соглашение, то проблематичным на практике является применение порядка разрешения спора, который был для инвестиционных споров предусмотрен в Законе об иностранных инвестициях. Согласно п. 1 ст. 27 указанного Закона в редакции, действовавшей до внесения изменений Законом от 16.07.1997 г., споры и разногласия, возникающие в связи с иностранными инвестициями или связанной с ними деятельностью, разрешаются, по возможности, путем переговоров либо в соответствии с ранее согласованными процедурами разрешения инвестиционных споров. Если спор не может быть разре-

шен путем переговоров, то, согласно п. 2 ст. 27 Закона об иностранных инвестициях, любая из сторон в споре может передать спор, при наличии письменного согласия иностранного инвестора, для разрешения:

а) в судебные органы Республики Казахстан, уполномоченные в соответствии с законодательством Республики Казахстан рассматривать подобные споры, или:

б) в один из следующих арбитражных органов:

– в Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (далее Центр), созданный в соответствии с Конвенцией по урегулированию инвестиционных споров между государствами и гражданами других государств, открытой для подписания в Вашингтоне 18 марта 1965 года (Конвенция ИКСИД), если государство инвестора является участником этой Конвенции, или:

– в Дополнительное учреждение Центра (функционирующее по Правилам Дополнительного органа), если государство инвестора не является участником Конвенции ИКСИД, или:

– в арбитражные органы, учреждаемые в соответствии с Арбитражным регламентом Комиссии Организации Объединенных Наций по международному торговому праву (ЮНСИТРАЛ), или:

– на арбитражное рассмотрение при Арбитражном институте международной торговой палаты в Стокгольме, или:

– в Арбитражную комиссию при Торгово-Промышленной Палате Республики Казахстан.

Соответственно, инвестиционные споры при наличии письменного согласия иностранного инвестора могли передаваться в арбитраж. Согласно п. 3 ст. 27 Закона об иностранных инвестициях в случае, если иностранный инвестор не дает письменного согласия на рассмотрение спора в порядке, предусмотренном п. 2 указанной статьи, спор может быть передан в судебные органы Республики Казахстан, уполномоченные в соответствии с законодательством Республики Казахстан рассматривать подобные споры.

Однако при отсутствии ранее согласованной сторонами процедуры разрешения инвестиционных споров, в частности, арбитражного соглашения, по тем контрактам с ино-

странными инвесторами, которые были заключены до вступления в силу Закона от 16.07.1997 г. №165-1, которым в ст. 27 Закона об иностранных инвестициях были внесены изменения, суды на практике могут не признать компетенцию арбитража и принять спор к своему рассмотрению, хотя иностранный инвестор не дает письменного согласия на рассмотрение спора в суде и оспаривает компетенцию государственного суда.

Проблема может быть разрешена в тех случаях, когда условиями контракта на недропользование предусмотрены гарантии от изменения законодательства, ухудшающие положение иностранного инвестора. Вместе с тем гарантии стабильности законодательства, предусмотренные в ст. 6 Закона об иностранных инвестициях, являются не договорными, а законодательными гарантиями. Но в данном случае основанием для их применения на практике могут стать условия контракта, которые стабилизированы на основании ст. 30 Закона о недрах 2010 г. Мы полагаем, что применение законодательных гарантий на основании условий контракта, а не положений соответствующего закона, является спорным. Проблема могла бы быть разрешена при сохранении таких законодательных гарантий для иностранных инвесторов, которые имели такие гарантии в момент осуществления инвестиций.

Другим способом, который относится к АРС, является медиация. В РК в настоящее время действует Закон от 28 января 2011 г. «О медиации» (далее – Закон о медиации). В ст. 2 указанного Закона медиация определяется как процедура урегулирования спора (конфликта) между сторонами при содействии медиатора (медиаторов) в целях достижения ими взаимоприемлемого решения, реализуемая по добровольному согласию сторон. Согласно положениям, предусмотренным в ст. 20 Закона о медиации, проведение медиации осуществляется по взаимному согласию сторон и при заключении между ними договора о медиации. Такой способ разрешения спора может быть применен как до обращения в суд, так и после начала судебного разбирательства.

Согласно п. 1 ст. 1 указанного Закона сферой применения медиации являются споры (конфликты), возникающие из гражданских, трудовых, семейных и иных правоотноше-

ний с участием физических и (или) юридических лиц, а также рассматриваемые в ходе уголовного судопроизводства по делам о преступлениях небольшой и средней тяжести, об уголовных проступках, если иное не установлено законами Республики Казахстан, и отношения, возникающие при исполнении исполнительного производства.

Применение медиации запрещается в определенных случаях. Пунктом 3 ст. 1 Закона о медиации предусмотрено, что процедура медиации не применяется к спорам (конфликтам), возникающим из гражданских, трудовых, семейных и иных правоотношений с участием физических и (или) юридических лиц, когда одной из сторон является государственный орган. Законом предусмотрены и иные ограничения для применения медиации, которые не относятся к контрактам на недропользование (пункты 2, 4 ст. 1).

Ограничение, предусмотренное в п. 3 ст. 1 Закона о медиации, относится к спорам, возникающим из правоотношений с участием государственных органов. По контрактам на недропользование споры возникают с участием государства, поскольку стороной контракта и, соответственно, спора, является государство, от имени которого выступает компетентный орган. В этой связи возникает вопрос о допустимости применения медиации к спорам, одной из сторон которого является государство.

Согласно ст. 24 ГПК РК подведомственный суду спор (конфликт), возникший из гражданско-правовых отношений, по письменному соглашению сторон может быть разрешен в порядке медиации, когда это не запрещено законом. Применение медиации для разрешения споров, возникающих из контрактов на недропользование, прямо не запрещено. Установленные ограничения относятся только к спорам с участием государственных органов.

Вместе с тем необходимо отметить, что при применении медиации для разрешения спора, возникшего из гражданско-правовых отношений с участием государства, не могут быть соблюдены некоторые принципы проведения медиации. Так, согласно ст. 4 Закона о медиации медиация проводится на основе принципов: 1) добровольности; 2) равноправия сторон медиации; 3) независимости и беспристрастности медиатора; 4) недопустимости вмешательства в про-

цедуру медиации; 5) конфиденциальности. Соблюдение первых четырех принципов медиации при разрешении споров с участием государства не представляется затруднительным или невозможным. Что касается принципа конфиденциальности, то его соблюдение в тех случаях, когда стороной спора является государство, не всегда возможно. Так, согласно ст. 8 Закона о медиации участники медиации не вправе разглашать сведения, ставшие известными им в ходе медиации, без письменного разрешения стороны медиации, предоставившей эту информацию. Разглашение участником медиации сведений, ставших ему известными в ходе медиации, без разрешения стороны медиации, предоставившей эту информацию, влечет ответственность, установленную законами Республики Казахстан.

Между тем в тех случаях, когда спор возник между государством и физическим или юридическим лицом, неразглашение сведений невозможно при подготовке отчетов, проверках, осуществляемыми государственными органами, госконтроле и надзоре. Соответственно, это влечет нарушение принципов применения медиации. В правоприменительной деятельности, как мы предполагаем, исходя из запрета применения медиации к спорам с участием государственных органов, данное ограничение распространяют и на споры с участием государства, которое представлено в таких спорах уполномоченным государственным органом.

В связи с изложенным, в целях исключения неоднозначного толкования положений законодательства о медиации, полагаем, целесообразно установить прямой запрет на применение медиации к спорам, возникающим из гражданско-правовых отношений с участием государства.

Помимо арбитражного порядка и медиации, законодательством РК предусмотрены иные способы урегулирования споров, которые, хотя и применяются в рамках судебного разбирательства, вместе с тем нельзя отнести к судебному способу разрешения спора. К иным способам можно отнести партисипативную процедуру. Согласно ст. 181 ГПК РК ходатайство об урегулировании спора в порядке партисипативной процедуры должно быть подано сторонами до удаления суда в совещательную комнату. Партисипативная

процедура проводится без участия судьи путем проведения переговоров между сторонами при содействии урегулированию спора адвокатами обеих сторон. Законодательством РК не предусмотрен запрет на применение партисипативной процедуры для разрешения спора, возникшего из гражданско-правовых отношений с участием государства. На основании изложенного спор, возникший из контракта на недропользование, может быть урегулирован путем партисипативной процедуры.

Медиация и партисипативная процедура по своей природе являются примирительными процедурами, которые проводятся с участием третьих лиц, соответственно медиатора или адвокатов, суждения которых по возникшему спору являются рекомендательными. Наряду с ними существуют примирительные процедуры, которые не связаны с привлечением третьих лиц. Речь идет о непосредственных переговорах сторон¹. При этом, полагаем, что обязательное применение для урегулирования спора непосредственных переговоров до подачи иска в суд или арбитраж нельзя однозначно рассматривать как претензионный порядок. Претензионный порядок признается соблюденным при доказательстве предъявления претензии и неудовлетворения требований, изложенных в претензии, согласно условиям самой претензии или положениям законодательства.

Переговоры, которые должны быть проведены согласно условиям контрактов на недропользование, помимо предъявления уведомления о нарушении обязательства и требований об исполнении обязательства и (или) привлечении к ответственности, предполагают направление стороной, к которой предъявлены такие требования, возражений, выражение другой стороной несогласия с такими возражениями или непредставление ответа на такие возражения. В конечном счете, спор, возникший между сторонами, не считается урегулированным в срок, предусмотренный в контракте для ведения переговоров.

Вместе с тем практика показывает, что направление Компетентным органом недропользователям уведомлений о на-

¹ См.: Сулейменов М.К. Международное частное право и международный гражданский процесс: Учебник в двух частях/ М.К. Сулейменов. – Алматы: ТОО «Юридическая фирма «Зангер», 2018. С. 397.

рушении обязательств суды признают соблюдением досудебного порядка урегулирования спора путем переговоров. Типовыми контрактами на недропользование 2018 г. в настоящее время прямо предусмотрено, что споры, связанные с осуществлением, изменением или прекращением права недропользования, разрешаются путем переговоров (досудебное урегулирование споров). Уведомления, направляемые Компетентным органом в соответствии с Кодексом и Контрактом, признаются досудебным урегулированием споров. Если споры, связанные с осуществлением, изменением или прекращением Контракта, не могут быть разрешены в течение шести месяцев путем переговоров, то такие споры подлежат разрешению в соответствии с законодательством Республики Казахстан (гл. 13).

Вместе с тем полагаем, что направление в одностороннем порядке компетентным органом уведомления о нарушении не является способом урегулирования спора путем проведения переговоров. Переговоры предполагают участие в урегулировании спора обеих сторон. Более того, уведомление о нарушении обязательства, согласно положениям Кодекса о недрах, помимо вменяемых недропользователю нарушений должно содержать срок для устранения таких нарушений. Так, согласно п. 2 ст. 133 Кодекса компетентный орган письменно уведомляет недропользователя о допущенном нарушении условий контракта на недропользование, а также о его обязанности по уплате неустойки и (или) устранению такого нарушения в установленный срок в следующих случаях: 1) выполнения недропользователем финансовых обязательств, установленных контрактом на недропользование, менее чем на тридцать процентов за отчетный год; 2) проведения операций по недропользованию по углеводородам, связанных с нарушением целостности земной поверхности, без предоставления обеспечения в соответствии с установленным графиком либо в нарушение графика формирования размера обеспечения; 3) в иных случаях нарушения недропользователем обязательств, установленных контрактом на недропользование. В п. 3 указанной статьи предусмотрено, что срок устранения нарушения недропользователем условий контракта по физическому объему обязательств не

должен превышать шесть месяцев, по обязательствам, указанным в подпунктах 1) и 2) пункта 2, – три месяца, по иным обязательствам, предусмотренным в контракте на недропользование, – один месяц со дня получения письменного уведомления.

Положения о порядке устранения нарушений недропользователем, который согласен, видимо, с таким уведомлением, содержатся в пунктах 4-6 ст. 133 Кодекса. Предусмотрено, что недропользователь обязан устранить допущенное нарушение в срок, указанный в уведомлении, и письменно сообщить об этом компетентному органу с приложением документов, подтверждающих устранение. Он вправе также направить в компетентный орган предложение о продлении срока устранения нарушения обязательств, предусмотренных контрактом на недропользование, с обоснованием причин такого продления. По результатам рассмотрения предложения о продлении срока устранения допущенных нарушений компетентный орган в течение десяти рабочих дней со дня его получения уведомляет недропользователя о согласии на продление срока или предоставляет мотивированный отказ в таком продлении. В случае очевидной невозможности устранения нарушения обязательств, предусмотренных контрактом на недропользование, в срок, определенный в пункте 3 указанной статьи, компетентный орган вправе установить иной срок, в течение которого возможно устранение такого нарушения.

Изложенные правила свидетельствуют о том, что направление уведомления о нарушениях, последующие действия недропользователя по устранению таких нарушений, его обращение с просьбой о продлении срока для устранения нарушений, – говорят об отсутствии спора по факту нарушения. Спор возникает в тех случаях, когда недропользователь не согласен с уведомлением. Это является основанием для ведения переговоров.

В связи с изложенным, полагаем, что применение такого способа урегулирования спора, возникшего из контракта на недропользование, как переговоры, не может ограничиться направлением уведомления компетентного органа о нарушении обязательства. Переговоры могут быть проведены

обеими сторонами спора. Такая процедура предполагает, получение недропользователем уведомления, в котором изложены требования, возражения (несогласие) недропользователя с таким уведомлением с обоснованием причин несогласия, ответ компетентного органа на возражения либо отсутствие такого ответа в срок, указанный в возражениях, а при его отсутствии – в разумный срок.

Изложенные вопросы применения АРС для разрешения (урегулирования) споров, возникающих из контрактов на недропользование, показывают, что законодательство РК достаточно противоречиво и неоднозначно. При отсутствии прямого запрета на применение арбитражного порядка разрешения спора, возможность заключения арбитражных соглашений может быть на практике затруднительна. Допуская переговоры как способ досудебного или доарбитражного урегулирования споров, законодательство о недрах не учитывает правовую природу такого способа АРС. Кроме того, полагаем, что для урегулирования споров, возникающих из контрактов на недропользование, нельзя ограничиться только определенными способами. Так, например, некоторые споры в случаях, предусмотренных контрактом, могут быть разрешены с привлечением экспертов в определенных областях (технические экспертизы и др.). Все изложенное свидетельствует о том, что для развития АРС в указанной сфере необходимо совершенствовать не только законодательство, но и правоприменительную практику.

ОБОБЩЕНИЕ АРБИТРАЖНОЙ ПРАКТИКИ ПОСТОЯННО ДЕЙСТВУЮЩИХ АРБИТРАЖЕЙ – ЧЛЕНОВ АПК ЗА 2016–2018 ГОДЫ¹

І. Общая информация

Арбитражная Палата Казахстана (далее – АПК) – независимая, некоммерческая организация, представляющая собой добровольное объединение постоянно действующих арбитражей и арбитров.

Палата была создана 30 ноября 2016 года в соответствии с Конституцией Республики Казахстан, Гражданским Кодексом Республики Казахстан, статьей 11 Закона Республики Казахстан «Об арбитраже» (далее – Закон об арбитраже) и другими законодательными актами Республики Казахстан и действует на основе добровольности, самоуправления, гласности и равноправия членов Палаты.

В настоящее время членами АПК являются 20 постоянно действующих арбитражей². Общее количество действующих в Казахстане арбитражных учреждений неизвестно.

¹ Обобщение подготовлено Председателем Правления АПК, председателем Казахстанского Международного Арбитража, директором НИИ частного права Каспийского университета, академиком НАН РК, д.ю.н., профессором М.К. Сулейменовым; руководителем аппарата АПК, исполнительным директором, заместителем председателя Казахстанского Международного Арбитража, в.н.с. НИИ частного права, ассоциированным профессором ВШП «Әділет» Каспийского университета, к.ю.н. А.Е. Дуйсеновой; членом Правления АПК, исполнительным директором Арбитражного центра Национальной Палаты Предпринимателей Республики Казахстан «Атамекен», к.ю.н., LL.M А.К. Калдыбаевым.

² Данные о постоянно действующих арбитражах – членах Арбитражной Палаты Казахстана размещены на официальном сайте АПК <https://palata.org/>.

Согласно подпункту 2) п. 1 ст. 12 Закона об арбитраже в полномочия Арбитражной палаты входит мониторинг состояния арбитражной деятельности в Республике Казахстан, а также представление экспертных заключений по отдельным вопросам законодательства Республики Казахстан об арбитраже и практике его применения, которые носят рекомендательный характер (подпункт 7-1) п. 1 ст. 12).

Настоящее Обобщение подготовлено на основе материалов практики применения Закона об арбитраже и отдельных положений Гражданского процессуального кодекса¹.

II. Статистические данные

№	Арбитражное учреждение	Количество дел за 2016 г.	Количество дел за 2017 г.	Количество дел за 2018 г.
1	2	3	4	5
1.	Арбитраж Алматы	150	230 (около 500)	около 400
2.	Арбитраж при ОЮЛ «Союз предпринимателей Казахстана»	27	22	
3.	Арбитражный центр НПП «Атамекен»	7	10	16
4.	Казахстанский Международный Арбитраж (КМА)	Поступило 40 исков, рассмотрено 30	Поступило 60 исков, рассмотрено 39	24
5.	Казахстанский международный арбитражный (третейский) суд города Астаны	–	15	117
6.	Международный Арбитраж по Западно-Казахстанской области	3 300	5 833	3 695

¹ В основу настоящего обобщения положен Обзор арбитражной практики Казахстанского Международного Арбитража за 2014-2017 годы (Сулейменов М.К., Дуйсенова А.Е.) // http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=32785589; Вестник Министерства юстиции РК. 2017. №6 (19). С. 46-53.

1	2	3	4	5
7.	Международный арбитражный суд Евразийского центра посреднического разбирательства (МАС ЕЦПР)	31	12	21
8.	Международный коммерческий арбитраж «JUS GENTIUM»	42	44	
9.	Международный коммерческий арбитражный суд Евразийского центра посреднического разбирательства (МКАС ЕЦПР)	24	17	28
10.	Республиканский Арбитражный суд	–	4	
11.	Арбитражный суд города Астаны	Поступило 3 иска, рассмотрено 1	Поступило 8 исков, рассмотрено 4	
12.	Арбитраж «Әділет»		56	49
13.	Арбитраж г. Астаны		103	211
14.	Международный арбитражный суд «IAC»		6	3

III. Практика применения Закона об арбитраже

1. Основные понятия, используемые в Законе об арбитраже

Согласно подп. 3) ст. 2 Закона об арбитраже под арбитражем понимается арбитраж, образованный специально для рассмотрения конкретного спора, или постоянно действующий арбитраж.

В то время как в соответствии со ст. 2 Типового закона ЮНСИТРАЛ «О международном торговом арбитраже» от 21 июня 1985 года (в редакции с изменениями от 07 июля 2006 г., далее – Типовой Закон ЮНСИТРАЛ) «арбитраж» означает любой арбитраж, независимо от того, осуществляется ли он

постоянным арбитражным учреждением или нет (см. подпункт а), «арбитражный суд» означает единоличного арбитра или коллегию арбитров (см. подпункт б). В Типовом законе есть такая категория, как постоянное арбитражное учреждение, то есть посредник, к которому обращаются стороны арбитражного соглашения и который содействует организации арбитража (то есть процесса рассмотрения спора), в том числе и содействует созданию арбитражного суда – состава арбитров для рассмотрения конкретного спора.

В арбитражной практике нередко возникают трудности, связанные с путаницей из-за различного понимания термина «арбитраж».

В главе 4 Закона об арбитраже «Ведение арбитражного разбирательства» говорится, например: арбитраж самостоятельно решает вопрос о наличии или отсутствии у него полномочий (компетенции) рассматривать спор (п. 1 ст. 20 Закона об арбитраже), арбитраж принимает решение, проводить ли устное слушание либо осуществлять разбирательство только на основе документов и других материалов (п. 1 ст. 26 Закона), арбитраж возвращает исковое заявление (п. 1 ст. 27 Закона) и т.п.

В этих статьях речь идет не о постоянно действующем арбитраже, поскольку полномочиями, предусмотренными в них, наделен состав арбитража или единоличный арбитр, но никак не постоянно действующий арбитраж.

Так, например, в 2016 году в Казахском Международном Арбитраже рассматривалось дело №11/2016 по исковому заявлению ТОО «Р» к АО «СК «Н» о взыскании страхового возмещения вреда. 22 июля 2016 г. Определением о возбуждении арбитражного разбирательства исковое заявление было принято к производству Казахского Международного Арбитража и направлено Ответчику. 17 августа 2016 г. до формирования Состава арбитража по данному делу в Секретариат поступило Заявление от АО «СК «Н» о возврате искового заявления. Ответчик, ссылаясь на подп. 4) п. 1 ст. 27 Закона об арбитраже, просил Председателя Казахского Международного Арбитража вернуть исковое заявление ввиду отсутствия полномочий у Казахского Международного Арбитража на рассмотрение спора, который, по мнению Ответчика, затрагивает интере-

сы третьих лиц, не являющихся участниками арбитражного соглашения.

Рассмотрев указанное заявление, Председатель Казахстанского Международного Арбитража в его удовлетворении отказал по следующим основаниям. В соответствии с подп. 4) п. 1 ст. 27 Закона об арбитраже, п. 2 ст. 20 Регламента Казахстанского Международного Арбитража арбитраж возвращает исковое заявление, если затрагиваются интересы третьих лиц, не являющихся участниками арбитражного соглашения. При возврате искового заявления арбитраж выносит мотивированное определение (п. 2 ст. 27 Закона об арбитраже, п. 3 ст. 20 Регламента). По вопросу, не затрагивающим существа спора, выносятся мотивированные определения (см. ст. 48 Закона об арбитраже).

При этом ни Закон об арбитраже, ни Регламент Казахстанского Международного Арбитража прямо не содержат положений о праве председателя на вынесение мотивированных определений, поскольку: во-первых, мотивированные определения, как правило, касаются спорных вопросов; во-вторых, руководитель постоянно действующего арбитража (председатель), являясь лицом административным, выполняет функции по администрированию арбитражных разбирательств, а не разрешению споров, и не рассматривает спорные вопросы по существу дела.

Согласно подп. 3) ст. 5 Закона об арбитраже арбитражное разбирательство осуществляется с соблюдением принципа независимости, означающей, что арбитры и арбитражи при разрешении переданных им споров независимы, принимают решения в условиях, исключающих какое-либо воздействие на них. Таким образом, никто, в том числе и руководство постоянно действующего арбитража, не вправе вмешиваться в деятельность арбитров.

Согласно п. 5 ст. 1 Регламента именно Состав арбитража (а не постоянно действующий арбитраж) самостоятельно решает вопрос о наличии или отсутствии у него полномочий (юрисдикции) рассматривать переданный на его разрешение спор.

Вопрос о том, затрагиваются ли интересы третьих лиц, не являющихся участниками арбитражного соглашения, заключенного между сторонами, является спорным. Казахстанский Международный Арбитраж не располагает мне-

нием Истца по данному спорному вопросу, который в соответствии с подпунктами 5) и 6) ст. 31 Закона об арбитраже вправе представлять свои доводы по всем возникающим в ходе процесса вопросам, а также вправе возражать против ходатайств и доводов другой стороны. В соответствии с подп. 4) ст. 5 Закона об арбитраже арбитражное разбирательство осуществляется с соблюдением принципа состязательности и равноправия сторон, означающих, что стороны в арбитражном разбирательстве избирают свою позицию, способы и средства ее отстаивания самостоятельно и независимо от кого-либо, а также пользуются равными правами и несут равные обязанности.

В целях недопущения нарушения принципов независимости, состязательности и равноправия сторон председатель Казахстанского Международного Арбитража, основываясь лишь на доводах одной спорящей стороны – Ответчика без исследования позиции другой спорящей стороны – Истца, не вправе рассматривать спорный вопрос о том, затрагиваются ли в данном деле интересы третьих лиц.

Ответчику было предложено в соответствии с п. 3 ст. 23 Регламента избрать Арбитра и запасного Арбитра от Ответчика.

Спорный вопрос о третьих лицах, не являющихся участниками арбитражного соглашения, и, соответственно, вопрос наличия либо отсутствия у состава арбитража полномочий рассматривать данный спор, был исследован составом арбитража во время первого слушания по данному делу.

В деле, рассмотренном Арбитражным центром «Атамекен», ответчик ТОО «Ш» направил возражение о несогласии с компетенцией Арбитражного центра. Ответ на данное возражение ответчик ожидал от Арбитражного центра, так как под арбитражем в соответствии с Законом «Об арбитраже» ответчик понимал не состав арбитража, а постоянно действующий арбитраж.

Из этого следует, что на практике у участников арбитражного разбирательства возникает непонимание в разграничении понятий «арбитраж» и «состав арбитража».

Ответчику было дано разъяснение, что состав арбитража, а не постоянно действующий арбитраж в соответствии с Законом об арбитраже принимает решение о наличии или отсутствии компетенции у арбитража.

В целях совершенствования арбитражного законодательства необходимо привести терминологию Закона об арбитраже в соответствие с Типовым законом ЮНСИТРАЛ, а именно под «арбитражем» следует понимать процедуру рассмотрения спора, под «арбитражным судом» – состав арбитров (либо единоличного арбитра), рассматривающего конкретный спор, под «постоянным арбитражным учреждением (либо институтом) – посредника, содействующего процессу рассмотрения спора, то есть арбитражу.

2. Компетенция арбитража

Согласно подпункту 3) п. 8 ст. 8 Закона об арбитраже, арбитражу неподведомственны споры о реабилитации. Такие споры неарбитрабельны. Вместе с тем в практике Казахстанского Международного Арбитража возник иной вопрос: вправе ли арбитраж рассматривать спор между сторонами, в отношении одной из которых применена процедура реабилитации (дело №10/2017)?

Указанное дело было рассмотрено по исковому заявлению ТОО «Б» (Истец) к ТОО «С» (Ответчик), в отношении которого была применена реабилитационная процедура. Спор возник из Рамочного договора подряда и поставки, заключенного сторонами 04 мая 2016 г. и содержащего действительную оговорку о рассмотрении спора Казахстанским Международным Арбитражем. Согласно п. 2.1. Рамочного договора работы выполняются Истцом на основании Заказ-нарядов, выданных Ответчиком. Выполненные Истцом работы были оплачены Ответчиком частично. Требование Истца об оплате выполненных работ возникло в период осуществления реабилитационной процедуры в отношении ответчика.

Решением СМЭС от 20 мая 2016 года в отношении Ответчика применена реабилитационная процедура (решение вступило в силу 27 июня 2016 г.). Определением СМЭС от 30 сентября 2016 г. был утвержден план реабилитации ТОО «С» сроком на 5 лет. Ответчик просил прекратить арбитражное разбирательство по делу в связи с тем, что данный спор, по его мнению, не относится к компетенции Казахстанского Международного Арбитража, ссылаясь на подп. 3) п. 1 ст. 50 Закона РК «О реабилитации и банкротстве», предусматривающего, что любые требования кредиторов к

должнику могут быть предъявлены только в пределах процедур реабилитации или банкротства, предусмотренных Законом о реабилитации и банкротстве.

Истец, ссылаясь на подп. 3) п. 1 ст. 77 Закона о реабилитации и банкротстве, а также на п. 9 Нормативного постановления Верховного суда РК от 2 октября 2015 года №5 «О практике применения законодательства о реабилитации и банкротстве» (далее – Нормативное постановление), с доводами Ответчика не согласен, поскольку обязательства Ответчика, возникшие после введения процедуры реабилитации, должны исполняться в соответствии с общими требованиями законодательства РК. Поскольку требование Истца об оплате выполненных работ возникло в период осуществления реабилитационной процедуры, оно подлежит удовлетворению не в соответствии с планом реабилитации, а в сроки, предусмотренные Рамочным договором.

Состав арбитража пришел к выводу о том, что Казахский Международный Арбитраж компетентен рассматривать этот спор по следующим основаниям. По Рамочному договору работы выполнялись Истцом на основании заказ-наряда, выданного Ответчиком после введения реабилитационной процедуры. Следовательно, соответствующие обязательства сторон возникли в период реабилитационной процедуры. Счета на оплату выполненных работ были выставлены Истцом 19 ноября 2016 г. и 8 декабря 2016 г., т.е. после введения процедуры реабилитации Ответчика и, соответственно, требование об их оплате возникло в период проведения реабилитационной процедуры.

Заключенный сторонами Рамочный договор является сделкой, совершенной в рамках обычных коммерческих операций. Кредиторы по обязательствам, возникшим из таких сделок, не включаются в реестр кредиторов, и расчеты с ними производятся по правилам подп. 3) п. 1 ст. 77 Закона о реабилитации и банкротстве, а не согласно плану реабилитации. Ответчик, оплатив частично выполненные Истцом работы, действует недобросовестно, отказываясь от погашения долга по оплате, ввиду того, что Истец не включен в реестр кредиторов, а требования об оплате не предусмотрены планом реабилитации, тем самым Ответчик нарушил требования ст. 8 ГК РК.

Также, согласно п. 9 Нормативного постановления требования кредиторов, денежные обязательства перед которыми

ми возникли как до, так и после введения реабилитационной процедуры, рассматриваются судами в общем порядке.

В Арбитражный центр «Атамекен» поступило исковое заявление СП «И» к ТОО «К». Истец просил признать пять дополнительных соглашений к договорам недействительными.

В договорах было указано, что все споры, которые могут возникнуть при исполнении договоров, подлежат рассмотрению в Арбитражном центре «Атамекен».

В дополнительных соглашениях, которые оспаривал ответчик, было прописано, что споры подлежат рассмотрению в суде по месту нахождения покупателя, т.е. ответчика.

Состав арбитража, изучив материалы дела и заявление ответчика об отсутствии компетенции Арбитражного центра, пришел к выводу, что арбитражные оговорки, которые содержатся в договорах, не устанавливают полномочия арбитража на рассмотрение спора о признании недействительными дополнительных соглашений к этим договорам.

При этом дополнительные соглашения предусматривают прекращение действия арбитражных оговорок, содержащихся в исходной редакции договоров и устанавливавших компетенцию арбитража по рассмотрению споров, связанных с исполнением договоров.

Состав арбитража посчитал обращение истца в арбитраж необоснованным. На основании вышеизложенного состав арбитража признал отсутствие компетенции Арбитражного центра по рассмотрению данного спора.

3. Согласие уполномоченного органа на передачу спора в арбитраж

В соответствии с п. 10 ст. 8 Закона об арбитраже арбитраж не вправе рассматривать споры между физическими и (или) юридическими лицами Республики Казахстан, с одной стороны, и 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, – с другой при отсутствии согласия уполномоченного органа соответствующей отрасли (в отношении республиканского имущества) или местного исполнительного органа (в отношении коммунального имущества).

Государственные органы, государственные предприятия, а также юридические лица, пятьдесят и более процентов голосующих акций (долей участия в уставном капитале) которых прямо или косвенно принадлежат государству, намеревающиеся заключить арбитражное соглашение, должны направить в уполномоченный орган соответствующей отрасли (в отношении республиканского имущества) или местный исполнительный орган (в отношении коммунального имущества) запрос о даче согласия на заключение такого соглашения с указанием прогнозируемых сумм расходов на арбитражное разбирательство. Уполномоченный орган соответствующей отрасли или местный исполнительный орган обязан в течение пятнадцати календарных дней рассмотреть запрос и направить письменное сообщение о согласии либо мотивированном отказе в даче согласия. При рассмотрении запроса уполномоченный орган соответствующей отрасли или местный исполнительный орган должен учитывать экономическую безопасность и интересы государства.

В связи с введением в действие нового Закона об арбитраже, предусматривающего в соответствии с подп. 4) п. 4 ст. 9 Закона об арбитраже требование о том, что арбитражное соглашение должно содержать согласие уполномоченного органа соответствующей отрасли или местного исполнительного органа в случае, предусмотренном п. 10 ст. 8 Закона об арбитраже, на практике стали возникать спорные вопросы относительно применения данной нормы.

Так, в 2016 г. после введения в действие нового Закона об арбитраже в Казахстанский Международный Арбитраж поступило исковое заявление АО «Национальная компания» (со 100% государственным участием) к Компании «F» L.L.C. (ОАЭ) о взыскании суммы долга по Контракту на поставку пшеницы общей стоимостью 3 400 000 долларов США (далее – Контракт).

В соответствии с п. 11.2. Контракта, заключенного между Истцом и Ответчиком 29 января 2016 г.:

«В случае, если Стороны не пришли к добровольному урегулированию возникших разногласий, споры и/или разногласия, возникающие из Контракта или в связи с ним, подлежат окончательному урегулированию в Казахстанском Международном Арбитраже в соответствии с действующим регламен-

том. Состав Арбитража будет включать трех Арбитров. Языком арбитражного разбирательства будет русский язык».

Согласие уполномоченного органа соответствующей отрасли на передачу дела на рассмотрение в Казахстанский Международный Арбитраж Истцом предоставлено не было.

Несмотря на отсутствие такого согласия, указанное исковое заявление было принято к рассмотрению в 2016 году (в 2017 году по нему было внесено арбитражное решение). При этом постоянно действующий арбитраж при принятии искового заявления и Состав арбитража при рассмотрении дела по существу исходили из следующих положений.

Во-первых, арбитражное соглашение по данному делу было заключено 29 января 2016 г., то есть до введения в действие нового Закона об арбитраже. В связи с чем к данному арбитражному соглашению применяются положения Закона РК от 28 декабря 2004 года «О международном арбитраже». Нормы подп. 4) п. 4 ст. 9 Закона об арбитраже к данному арбитражному соглашению не могут быть применены, соответственно, согласие уполномоченного органа не требуется.

Во-вторых, требование об обязательном наличии согласия уполномоченного органа соответствующей отрасли, согласно части первой п. 10 ст. 8 Закона об арбитраже, необходимо только в отношении так называемых «внутренних споров», то есть споров между физическими и (или) юридическими лицами Республики Казахстан, с одной стороны, и 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 – с другой¹.

Исходя из буквального толкования данной нормы, можно сделать вывод о том, что согласие уполномоченного органа не требуется для так называемых «международных споров», когда второй стороной в споре выступает иностранное физическое или юридическое лицо.

В указанном деле второй стороной в споре выступило иностранное юридическое лицо.

¹ С момента введения данной нормы в действие известен только один случай получения согласия уполномоченного органа на передачу спора в арбитраж. Подробнее см.: <http://aca.kz/news/view/aviakompaniya-ao-qazaq-air-poluchilo-soglasie-ministerstva-po-investitsiyam-i-razvitiyu-respubliki-kazahstan-na-zaklyuchenie-arb>.

В практике Арбитражного центра «Атамекен» имелось дело по иску Компании «А» (нерезидент РК) к АО «К» и ТОО «Т» (резиденты РК).

Ответчик АО «К» в письмах указывал, что является квазигосударственной организацией, и при отсутствии получения согласия уполномоченного государственного органа рассмотрение настоящего дела в Арбитражном центре является преждевременным.

Арбитр вынес определение о приостановлении производства по делу.

Ранее по запросу Арбитражного центра Министерство юстиции РК в рамках своей компетенции сообщило Арбитражному центру следующее:

«Согласно пункту 10 ст. 8 Закона «Об арбитраже», арбитраж не вправе рассматривать споры между физическими и (или) юридическими лицами Республики Казахстан, с одной стороны, и 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, – с другой, при отсутствии согласия уполномоченного органа соответствующей отрасли (в отношении республиканского имущества) или местного исполнительного органа (в отношении коммунального имущества).

В этой связи полагаем, что при заключении государственными органами, субъектами квазигосударственного сектора арбитражных соглашений с нерезидентами Республики Казахстан, получение такого согласия не требуется».

Учитывая ответ Министерства юстиции РК, арбитр рассмотрел спор по существу.

4. Недействительность арбитражной оговорки

Как показал анализ практики арбитражного разбирательства, вопрос о том, в чьей компетенции находится решение вопроса о недействительности арбитражного соглашения, является дискуссионным.

Куда необходимо обращаться сторонам за разрешением данного вопроса – в государственный суд или же арбитраж? Еще сложнее дело обстоит в том случае, когда арбитражное

соглашение включено в текст основного договора, признаваемого недействительным.

Судебная практика в Казахстане пока еще не выработала единого подхода к решению этих проблем. Мы считаем, что вопрос о недействительности арбитражного соглашения должен решаться самим арбитражем на основании ст. 20 Закона об арбитраже, согласно п. 1 которой арбитраж самостоятельно решает вопрос о наличии или отсутствии у него полномочий (юрисдикции) рассматривать переданный на его разрешение спор, в том числе в случаях, когда одна из сторон возражает против арбитражного разбирательства по причине недействительности арбитражного соглашения. Для этой цели арбитражная оговорка, являющаяся частью договора, толкуется как соглашение, не зависящее от других условий договора. Вынесение арбитражем решения о недействительности договора не влечет за собой недействительности арбитражной оговорки.

В практике были случаи, когда сторона пыталась признать недействительным арбитражное соглашение о передаче спора в Казахстанский Международный Арбитраж путем подачи искового заявления в СМЭС г. Алматы. Казахстанский Международный Арбитраж был привлечен к участию в этом процессе в качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельных исковых требований. СМЭС г. Алматы в удовлетворении требований истца отказал, направив стороны в арбитраж. В конечном итоге истец подал исковое заявление в Казахстанский Международный Арбитраж. Дело было рассмотрено Составом арбитража, который признал наличие компетенции по рассмотрению указанного спора (дело №03/2016).

5. Определение о наличии или отсутствии компетенции

В соответствии с п. 1 ст. 20 Закона об арбитраже арбитраж самостоятельно решает вопрос о наличии или отсутствии у него полномочий (юрисдикции) рассматривать переданный на его разрешение спор, в том числе в случаях, когда одна из сторон возражает против арбитражного разбирательства по причине недействительности арбитражного соглашения.

Сторона вправе заявить об отсутствии у арбитража полномочий рассматривать переданный на его разрешение спор до представления ею первого заявления по существу спора (п. 2 ст. 20 Закона об арбитраже).

Сторона вправе заявить о превышении арбитражем его полномочий, если в ходе арбитражного разбирательства предметом арбитражного разбирательства станет вопрос, рассмотрение которого не предусмотрено арбитражным соглашением либо который не может быть предметом арбитражного разбирательства в соответствии с нормами применяемого в данном разбирательстве права или правилами арбитражного разбирательства (п. 3 ст. 20 Закона об арбитраже).

Пункт 4 ст. 20 Закона содержит императивную норму о том, что арбитраж обязан в течение десяти календарных дней рассмотреть заявление, сделанное в соответствии с пунктами 2 и 3 настоящей статьи. По результатам рассмотрения заявления выносятся определение.

Как показал анализ практики Казахстанского Международного Арбитража, срок рассмотрения дел составляет в среднем от двух месяцев с момента формирования состава арбитража до 10-12 месяцев по наиболее сложным делам.

В связи с чем применение предусмотренного п. 4 ст. 20 Закона об арбитраже десятидневного срока для рассмотрения вопроса о наличии либо отсутствии компетенции вызывает серьезные сложности.

Так, например, в 2016–2017 годах в Казахстанском Международном Арбитраже рассматривалось дело №21/2016 по исковому заявлению ТОО «А» (Казахстан) к ООО «Д» (Беларусь) от 23 декабря 2016 г. о взыскании убытков, причиненных повреждением груза при его перевозке.

02 февраля 2017 г. в Секретариат поступило Заявление от Ответчика об отсутствии компетенции Казахстанского Международного Арбитража на рассмотрение возникшего между сторонами спора. По вопросу о компетенции Составом арбитража было проведено в общей сложности пять заседаний с февраля по май 2017 года с участием представителей обеих сторон, а также свидетелей с обеих сторон. По окончании последнего заседания Составом арбитража в те-

чение десяти календарных дней было вынесено Определение о наличии компетенции Состав арбитража по рассмотрению указанного дела.

В Арбитражном центре «Атамекен» рассматривалось дело по исковому заявлению ТОО «А» (резидент РК) к АО «О» (резидент РФ) о взыскании задолженности.

Истец мотивировал обращение в Арбитражный центр арбитражной оговоркой следующего содержания: «Все споры между сторонами, которые не были разрешены в претензионном порядке, подлежат разрешению в Арбитражном суде по месту нахождения истца в соответствии с действующим законодательством страны арбитражного судопроизводства», а также определением Исполнительного директора Арбитражного центра о назначении компетентного арбитража в соответствии с Европейской Конвенцией о внешнеторговом арбитраже (Республика Казахстан и Российская Федерация являются участниками Европейской конвенции).

В заявлении об отсутствии полномочий ответчик АО «О» просил состав арбитража признать факт отсутствия у него полномочий в связи с тем, что в соответствии с договором поставки требования истца подлежат рассмотрению в арбитражном суде Российской Федерации, который входит в систему государственных судов Российской Федерации.

Состав арбитража, рассмотрев заявление ответчика, вынес определение о признании компетенции Арбитражного центра. Состав арбитража истолковал термин «арбитражный суд» исходя из действительной общей воли сторон с учетом цели договора. При этом состав арбитража принял во внимание Принципы УНИДРУА, а также все соответствующие обстоятельства, включая предшествующие договору переговоры и переписку, практику, установившуюся во взаимных отношениях сторон, обычаи делового оборота, последующее поведение сторон.

Исходя из сопоставления термина «арбитражный суд» с иными условиями договора, состав арбитража приходит к выводу о том, что термин «арбитражный суд» не может означать арбитражный (государственный) суд Российской Федерации.

6. Арбитраж и Гражданский процессуальный кодекс

Анализ рассмотренных Казахстанским Международным Арбитражем за указанный период арбитражных дел показал, что в 10-15% дел стороны в обоснование своих доводов приводят нормы Гражданского процессуального кодекса.

Следует отметить, что в целом на практике остро стоит вопрос о том, обязан ли арбитраж при вынесении решений соблюдать нормы Гражданского процессуального кодекса¹.

Как показал анализ арбитражной практики, арбитры отдельных постоянно действующих арбитражей в своих процессуальных документах нередко ссылаются на применение наряду с Регламентами и Законом об арбитраже тех или иных норм ГПК, которые в принципе не подлежат применению при арбитражном разрешении споров.

Более того, отдельные судьи государственных судов в определениях об отмене арбитражных решений также ссылаются на применение отдельных норм ГПК, которые арбитраж при разрешении споров по существу и при вынесении решений применять не должен.

В соответствии с п. 1 ст. 21 Закона об арбитраже постоянно действующий арбитраж осуществляет арбитражное разбирательство в соответствии со своим регламентом и арбитражным соглашением. Арбитраж для разрешения конкретного спора осуществляет арбитражное разбирательство в соответствии с правилами, согласованными сторонами.

При этом правила арбитражного разбирательства, не определенные регламентом постоянно действующего арбитража, а также положениями Закона об арбитраже и не со-

¹ Подробное научное обоснование неприменения Гражданского процессуального кодекса при арбитражном рассмотрении споров см.: *Сулейменов М.К.* Новое в законодательстве об арбитраже (научно-практический комментарий) // Частное право Республики Казахстан: история и современность. Собрание сочинений в 9 томах. Том 6. Арбитражное (третейское) право. Алматы: Юридическая фирма «Зангер», 2011. С. 140-142.

гласованные сторонами, определяются арбитражем (п. 2 ст. 21 Закона об арбитраже).

Прямых отсылок к гражданскому процессуальному законодательству в Законе об арбитраже не так много – они содержатся всего в шести статьях. Так, Гражданский процессуальный кодекс применяется только:

1) тогда, когда определяется деятельность суда (подпункт 2) ст. 1 Закона об арбитраже);

2) при обеспечении иска (п. п. 3 и 5 ст. 39 Закона об арбитраже);

3) при отмене арбитражного решения (п. п. 1 и 4 ст. 53 Закона об арбитраже);

4) при признании и приведении в исполнение арбитражного решения (п. 1 ст. 54, п. 3 ст. 55, п. 2 ст. 57 Закона об арбитраже).

Во всех остальных случаях ГПК при рассмотрении споров арбитражами не применяется.

Арбитры Казахстанского Международного Арбитража при вынесении решений руководствуются арбитражным соглашением, Регламентом и Законом об арбитраже. Даже если есть вопросы, не решенные соглашением, Регламентом или Законом об арбитраже, решение этих вопросов производится Составом арбитража (либо Единоличным арбитром).

Данный довод нашел отражение в Рекомендациях Верховного Суда Республики Казахстан, подготовленных по итогам Круглого стола «Некоторые вопросы применения Закона Республики Казахстан «Об арбитраже», проведенного в г. Астане 30 июня 2017 года. Так, в разделе 2 Рекомендаций указывается:

«2. В целях правильного и единообразного применения норм Гражданского процессуального кодекса, Закона «Об арбитраже», регламентирующих рассмотрение ходатайств об отмене арбитражных решений и заявлений о принудительном исполнении арбитражных решений рекомендовать судам:

При рассмотрении ходатайств об отмене арбитражных решений и заявлений о принудительном исполнении арбитражных решений следует иметь в виду, что арбитражи при вынесении решений руководствуются Законом «Об арби-

траже», арбитражным соглашением, правилами арбитражного разбирательства»¹.

Несмотря на это, судебной практике известны случаи неверного применения судьями государственных судов при рассмотрении ходатайств об отмене арбитражных решений некоторых казахстанских постоянно действующих арбитражей норм гл. 11 ГПК (судебные извещения и вызовы) применительно к процедуре уведомления сторон арбитражного разбирательства о рассмотрении дела в арбитраже². К процедуре уведомления сторон (в том числе о возбуждении, начале арбитражного разбирательства, проведении заседаний и т.п.) применению подлежат нормы ст. 30 Закона об арбитраже «Получение сторонами письменных сообщений», а также соответствующие положения Регламента и соглашения сторон.

7. Полномочия представителей сторон

В соответствии с п. 2 ст. 32 Закона об арбитраже, если стороны не договорились об ином, то арбитражное разбирательство осуществляется в закрытом заседании арбитража с участием сторон и (или) их представителей. Полномочия представителей сторон должны быть оформлены с соблюдением требований, предусмотренных законодательством Республики Казахстан.

Вопрос о полномочиях представителей сторон в арбитражном разбирательстве имеет не только теоретическое значение для правильного толкования положений Закона об арбитраже, но и важное практическое значение.

Несоблюдение требований к надлежащему оформлению полномочий представителей может повлечь за собой неблагоприятные для стороны последствия:

1) согласно подп. 5) п. 1 ст. 27 Закона об арбитраже арбитраж возвращает исковое заявление, если оно подписано лицом, не имеющим полномочий на его подписание;

¹ Рекомендации опубликованы на сайте Верховного Суда Республики Казахстан <http://sud.gov.kz/rus/content/rekomendacii-kruglogo-stola-nekotorye-voprosy-primeneniya-zakona-respubliki-kazahstan-ob>.

² См., например, Определение Кызылординского городского суда №3-12/392/17 от 13 октября 2017 года.

2) арбитраж вправе не допустить представителя к участию в заседании (ст. 32 Закона);

3) в самом крайнем случае имеется риск отмены арбитражного решения тогда, когда арбитражная процедура разбирательства не соответствовала соглашению сторон (подп. 4) п. 1 ст. 52 Закона).

Как показывает анализ дел, рассмотренных Казахстанским Международным Арбитражем за указанный период, порядка 10% представителей сторон (как правило, представителей ответчиков) не допускались к участию в заседании в связи с тем, что полномочия представителей были оформлены без соблюдения требований, предусмотренных законодательством РК.

Наиболее типичный пример ненадлежащей доверенности:

«ТОО «С» (БИН), в лице Директора И.А.К., действующего на основании Устава, именуемое в дальнейшем «Доверитель», настоящей доверенностью уполномочивает юрисконсульта К.Б.А., 19.03.1985 года рождения, ИИН 850319402565, удостоверение личности №035585911, выданное МВД РК 16.08.2017 г., проживающую в г. Алматы, санаторий Алматы, д. 3, кв. 44, представлять интересы ТОО «С» во всех государственных органах и организациях, судебных органах, Акимате, в Налоговых управлениях города Алматы, Центрах обслуживания населения города Алматы, банках 1-го и 2-го уровня города Алматы и других государственных органах и учреждениях, со всеми правами, принадлежащими Доверителю в соответствии с законодательством Республики Казахстан (ст. 167 Гражданского Кодекса Республики Казахстан), в том числе».

Представитель ответчика по данному делу не был допущен к участию в заседании в связи с тем, что в доверенности отсутствовали полномочия юрисконсульта К.Б.А. по представлению интересов ТОО «С» в Казахстанском Международном Арбитраже.

Казахстанский Международный Арбитраж, являясь самостоятельным, постоянно действующим арбитражем, как и все иные арбитражные суды, в судебную систему не входит, к судебным органам не относится.

8. Участие третьих лиц в арбитражном разбирательстве

Закон об арбитраже не содержит норм о возможном участии третьих лиц в арбитражном разбирательстве. Согласно подп. 4) п. 1 ст. 27 Закона об арбитраже арбитраж возвращает исковое заявление, если затрагиваются интересы третьих лиц, не являющихся участниками арбитражного соглашения. В соответствии с п. 3 этой статьи возвращение заявления не препятствует повторному обращению истца в арбитраж с иском к тому же ответчику, о том же предмете и по тем же основаниям с соблюдением требований, установленных законодательными актами РК, регламентом соответствующего постоянно действующего арбитража или соглашением сторон.

В отсутствие четкого подхода казахстанского законодателя к вопросу об участии третьих лиц в арбитражном разбирательстве постоянно действующие арбитражи предпринимают попытки восполнить данный пробел соответствующими нормами о третьих лицах в своих регламентах.

Так, согласно ст. 40 Регламента Казахстанского Международного Арбитража вступление в арбитражное разбирательство третьего лица допускается только с согласия спорящих сторон. Для привлечения к разбирательству третьего лица, помимо согласия сторон, требуется также и согласие привлекаемого лица. Заявление ходатайства о привлечении третьего лица допускается только до истечения срока представления отзыва на исковое заявление. Согласие о привлечении третьего лица должно быть выражено в письменной форме.

Однако объем процессуальных прав и обязанностей третьих лиц, участвующих в арбитражном разбирательстве, должен быть отличным от объема процессуальных прав и обязанностей спорящих сторон. Привлеченное к участию в арбитражном разбирательстве третье лицо, в отличие от спорящих сторон, не вправе участвовать в выборе арбитра и запасного арбитра, не вправе заявлять отвод арбитрам, не вправе изменять или дополнять исковые требования или возражения по иску и т.п.

Так, например, по одному из рассмотренных в Казахском Международном Арбитраже дел истец при подаче

искового заявления подал также ходатайство о привлечении к участию в разбирательстве третьего лица (дело №21/2017). Третье лицо направило в Секретариат заявление о своем согласии принять участие в разбирательстве в качестве третьего лица, при этом заявило просьбу о назначении Арбитра и запасного Арбитра. Составом арбитража, рассматривавшим данное дело, в просьбе третьего лица о выборе Арбитров было отказано.

В связи с неопределенностью процессуального статуса третьих лиц на практике возникает вопрос: можно ли по аналогии применять нормы ГПК в данном случае? На этот вопрос следует ответить отрицательно. Правовое положение третьих лиц, участвующих в арбитражном разбирательстве, слишком специфично по сравнению с правовым положением третьих лиц в гражданском процессе, для того чтобы можно было однозначно ответить на вопрос о возможном применении по аналогии норм ГПК о третьих лицах к регулированию арбитражного разбирательства.

Арбитраж, рассматривающий дело, «лишен атрибутов государственной власти и потому не может принудительно от своего имени вызывать свидетелей, требовать от государственных органов или третьих лиц документы, материалы, заключения, накладывать аресты на имущество и т.п. Возможности арбитражного суда привлекать соистцов или соответчиков, заменять ненадлежащих истцов или ответчиков надлежащими ограничены рамками арбитражной оговорки»¹.

Таким образом, по собственной инициативе Состав арбитража привлечь к участию в арбитражном разбирательстве третьих лиц не вправе. В его компетенции принять решение об удовлетворении ходатайства спорящей стороны о привлечении третьих лиц к участию в арбитражном разбирательстве при соблюдении предусмотренных Регламентом условий или об отказе в удовлетворении ходатайства.

¹ См.: *Басин Ю.Г., Сулейменов М.К.* Защита арбитражными (третейскими) судами прав участников внешнеторговых сделок по законодательству Республики Казахстан // В кн. *Сулейменов М.К.* Арбитражные (третейские) суды в Казахстане: прошлое, настоящее, будущее. Алматы: Казахстанский международный арбитраж, НИИ частного права, 2007. С. 104-105.

IV. Практика применения отдельных норм Гражданского процессуального кодекса

1. Статистические данные

Ниже изложена представленная отдельными членами АПК информация по отказам в исполнении арбитражных решений и отменам арбитражных решений.

№	Арбитражное учреждение	Количество отказов в принудительном исполнении решений в 2016–2017 гг.	Количество отмен решений в 2016–2017 гг.
1.	Арбитраж Алматы	Нет	2017 г. – 10
2.	Арбитраж при ОЮЛ «Союз предпринимателей Казахстана»	Нет	Нет
3.	Арбитражный центр НПП «Атамекен»	Нет	Нет
4.	Казахстанский Международный Арбитраж (КМА)	Нет	2017 г. – 1
5.	Казахстанский международный арбитражный (третейский) суд города Астаны	Нет	Нет
6.	Международный Арбитраж по Западно-Казахстанской области	2017 г. – 217	2016 г. – 1 2017 г. – 16
7.	Международный арбитражный суд Евразийского центра посреднического разбирательства (МАС ЕЦПР)	Нет	Нет
8.	Международный коммерческий арбитраж «JUS GENTIUM»	Нет	2016 г. (решение 2014 г.) – 1
9.	Международный коммерческий арбитражный суд Евразийского центра посреднического разбирательства (МКАС ЕЦПР)	Нет	Нет
10.	Республиканский Арбитражный суд	Нет	Нет
11.	Арбитражный суд города Астаны	Нет	Нет

2. Отмена арбитражных решений

2.1. Порядок и сроки отмены арбитражных решений

Порядок, субъекты и сроки отмены арбитражных решений установлены ст. 53 Закона об арбитраже, а также Гражданским процессуальным кодексом Республики Казахстан (глава 56 «Производство по ходатайству об отмене арбитражных решений»).

Глава 56 ГПК посвящена производству по делам об отмене решений арбитражей, созданных и действующих в соответствии с законодательством Республики Казахстан.

Решения иностранного арбитража, то есть решения, вынесенные иностранным международным коммерческим арбитражем, обжаловать в Казахстане в соответствии с ГПК нельзя. Такие решения подлежат обжалованию в той стране, где они были вынесены, т.е. в любом случае за пределами Казахстана.

В соответствии с п. 1 ст. 464 ГПК ходатайство об отмене арбитражного решения может быть подано сторонами арбитражного разбирательства, третьими лицами, не привлеченными к участию в деле, но в отношении прав и обязанностей которых арбитраж принял решение по основаниям, предусмотренным законом, в течение одного месяца со дня получения арбитражного решения.

Ходатайство об отмене арбитражного решения подается в соответствующий суд Республики Казахстан:

1) по месту рассмотрения спора арбитражем, если арбитражное решение принято на территории Республики Казахстан;

2) по месту нахождения постоянно действующего арбитража, если арбитражное решение принято по закону Республики Казахстан в иностранном государстве;

3) по месту образования арбитража в Республике Казахстан, если арбитражное решение принято по закону Республики Казахстан в иностранном государстве (см. п. 2 ст. 464 ГПК).

Судья возвращает ходатайство, если истек срок для отмены решения, установленный частью первой настоящей статьи, и нет оснований для его восстановления в

соответствии с настоящим Кодексом (см. п. 3 ст. 464 ГПК).

Согласно п. 1 ст. 465 ГПК ходатайство об отмене арбитражного решения рассматривается судом в течение десяти рабочих дней с момента возбуждения дела по правилам, предусмотренным ГПК.

Судья при подаче ходатайства третьим лицом имеет право продлить производство по делу в случае необходимости предоставления дополнительных доказательств на срок до одного месяца.

Стороны арбитражного разбирательства, а также третьи лица, в случае подачи ими ходатайства об отмене арбитражного решения, извещаются судом о времени и месте судебного заседания. Неявка указанных лиц, извещенных надлежащим образом о времени и месте судебного заседания, не является препятствием к рассмотрению дела.

На практике суды нередко вызывают на судебное заседание не только стороны арбитражного разбирательства, третьи лица, но и постоянно действующие арбитражи.

Например, Определением СМЭС г. Алматы от 30.10.2017 г. о принятии к производству и возбуждении гражданского дела и установлении языка судопроизводства Ходатайство ТОО «Т» об отмене решения Единоличного арбитра КМА по делу №22/2017 от 27.09.2017 г. по иску ТОО «А» к ТОО «Т» о взыскании суммы задолженности было принято к производству суда, возбуждено гражданское дело. При этом КМА неверно был определен в Ходатайстве и Судебной повестке в качестве «лица, чьи действия обжалуются», поскольку, согласно ст. ст. 464 и 465 ГПК, арбитраж не является ни лицом, чьи действия обжалуются, ни ответчиком. КМА мог не принимать участия в заседании, однако счел необходимым довести до сведения Суда, а также Сторон арбитражного разбирательства свою позицию по данному делу в порядке объяснения. Определением СМЭС г. Алматы по делу №7527-17-00-2М/128 от 09.11.2017 г. в удовлетворении Ходатайства ТОО «Т» об отмене решения единоличного арбитра КМА было отказано.

В данном случае судам необходимо обратить внимание

на п. 14 Рекомендаций Верховного Суда, согласно которым извещение арбитража, об отмене решения которого заявлено, не требуется¹.

В соответствии с п. 3 ст. 465 ГПК при рассмотрении дела суд устанавливает наличие или отсутствие оснований для отмены арбитражного решения, предусмотренных законом, путем исследования представленных в суд доказательств в обоснование заявленных требований и возражений.

Важное значение при применении судами указанных норм ГПК имеют также положения п. 1 ст. 52 Закона об арбитраже, согласно которым бремя доказывания наличия предусмотренных п. 1 ст. 52 Закона об арбитраже оснований отмены арбитражного решения лежит на стороне, заявляющей ходатайство об отмене.

Суд по результатам рассмотрения ходатайства об отмене арбитражного решения выносит определение об отмене арбитражного решения либо отказе в удовлетворении ходатайства. Определение суда может быть обжаловано, опротестовано в соответствии с настоящим Кодексом.

2.2. Основания отмены арбитражных решений

Основания для возможной отмены арбитражных решений предусмотрены ст. 52 Закона об арбитраже. Перечень таких оснований носит исчерпывающий характер. Следует обратить внимание на то, что, согласно п. 3) ст. 52, при рассмотрении ходатайства об отмене арбитражного решения, отказа в выдаче исполнительного листа суд не вправе пересматривать решение арбитража по существу.

В соответствии с п. 1 ст. 52 Закона об арбитраже для отмены арбитражного решения судом сторона, заявляющая ходатайство об отмене, должна представить доказательства о том, что:

1) оно содержит решение по вопросу, не предусмотренному арбитражным соглашением или не подпадающему под

¹ Рекомендации круглого стола «Некоторые вопросы применения Закона Республики Казахстан «Об арбитраже» (г. Астана, 30 июня 2017 г.) // Опубликовано на сайте Верховного Суда РК <http://sud.gov.kz/rus/content/rekomendacii-kruglogo-stola-nekotorye-voprosy-primeneniya-zakona-respubliki-kazahstan>.

его условия, либо содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения, а также вследствие неподведомственности спора арбитражу.

Если арбитражные решения по вопросам, которые охватываются арбитражным соглашением, могут быть отделены от решений по вопросам, которые не охватываются таким соглашением, то может быть отменена только та часть арбитражного решения, которая содержит решения по вопросам, не охватываемым арбитражным соглашением;

2) одна из сторон арбитражного соглашения была признана судом недееспособной или арбитражное соглашение недействительно по закону, которому стороны его подчинили, а при отсутствии такого указания – по законодательству Республики Казахстан;

3) сторона не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве или по другим причинам, признанным судом уважительными, не могла представить свои объяснения;

4) состав арбитража или арбитражная процедура разбирательства не соответствовали соглашению сторон, если только такое соглашение не противоречит любому положению настоящего Закона, от которого стороны не могут отступать, или при отсутствии такого соглашения не соответствовали настоящему Закону;

5) имеется вступившее в законную силу, вынесенное по спору между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основаниям решение суда или арбитражное решение либо определение суда или арбитража о прекращении производства по делу в связи с отказом истца от иска;

1) Отмена арбитражного решения по вопросу, не предусмотренному арбитражным соглашением

Относительно отмены арбитражного решения вследствие неподведомственности спора арбитражу следует отметить, что в последнее время суды не всегда правильно применяют данное основание на практике.

Как известно, с принятием в 2016 г. Закона об арбитраже деление на внутренние третейские суды и международный

коммерческий арбитраж в Казахстане было упразднено. В связи с чем постоянно действующие арбитражи вынуждены были, согласно п. 1 ст. 59 Закона об арбитраже, в том числе внести изменения в свои наименования в связи с упразднением третейских судов.

Так, Определением Медеуского районного суда г. Алматы за №7517-17-00-2/11039 от 29 мая 2017 года в целом суд правильно удовлетворил ходатайство об отмене арбитражного решения, поскольку 11 ноября 2016 года гр. Б. в соответствии с п. 5 ст. 9 Закона об арбитраже направил в Банк заявление об одностороннем отказе от арбитражной оговорки (в настоящее время данная норма исключена из Закона об арбитраже).

Вместе с тем в мотивировочной части Определения суд, сославшись на смену наименования арбитража в обоснование отсутствия в связи с этим у последней компетенции по рассмотрению спора, не принял во внимание нормы п. 1 ст. 59 Закона РК от 8 апреля 2016 года «Об арбитраже»:

«1. Международные арбитражи и третейские суды, созданные в Республике Казахстан до введения в действие настоящего Закона, обязаны в течение двух лет со дня введения в действие настоящего Закона внести соответствующие изменения в свои положения, уставы или регламенты».

В данном случае изменение наименования арбитража обусловлено императивным требованием Закона об арбитраже. Такое изменение наименования не приводит к отсутствию компетенции.

Следует отметить, что в литературе спорным является вопрос о действительности арбитражной оговорки только при реорганизации арбитражного института. Заключая арбитражное соглашение, стороны отказываются от гарантированного им Конституцией РК права на судебную защиту и передают спор на рассмотрение конкретного выбранного ими добровольно постоянно действующего арбитража.

При реорганизации (слияние, присоединение, разделение, преобразование, выделение), как правило, происходит упразднение одного юрисдикционного органа и возникно-

вание другого. Стороны, заключавшие арбитражное соглашение, не рассматривали возможность передачи спора субъекту, который на момент заключения этого соглашения не существовал. Таким образом, в данном случае считается, что стороны в отношении нового арбитража не отказывались от своего права на судебную защиту.

В приведенном же в Определении случае имело место изменение наименования арбитража, а не его реорганизация.

К сожалению, это не единичный случай неверного применения на практике данного основания.

Так, имеется судебная практика, в соответствии с которой арбитражные решения отменялись со ссылкой на отсутствие арбитражного соглашения. Так, в определениях Медеуского районного суда г. Алматы от 17 ноября 2016 года, от 29 мая 2017 года, Апелляционной судебной коллегии от 24 августа 2017 года об отмене решения ТОО «Арбитраж Алматы» указано об отсутствии третейского (арбитражного) соглашения.

При этом в действительности имелись заключенные соглашения между сторонами указанных дел. Однако данные соглашения предусматривали рассмотрение споров в ТОО «Третейский суд Алматы». Впоследствии, ввиду принятия нового Закона «Об арбитраже», название «Третейский суд Алматы» было заменено на «Арбитраж Алматы». ТОО «Арбитраж Алматы» является полным правопреемником ТОО «Третейский суд Алматы».

Государственные суды не дали соответствующую оценку указанным обстоятельствам.

По отдельным делам суды отменяли арбитражные решения со ссылкой на неподписание договоров и арбитражных соглашений, из которых вытекали права и обязанности сторон спора и которые были объектом рассмотрения в арбитражных разбирательствах. Например, определением Суда №2 г. Уральска от 16 октября 2017 года арбитражное решение ТОО «Третейский суд по Западно-Казахстанской области» отменено, так как ответчик ссылался на то, что она не подписывала договор займа (вместе с содержащимся в нем арбитражным соглашением).

При этом суд не учел тот факт, что договор займа был заключен в онлайн-форме. Суд должен был дать оценку правомерности заключения основного договора и арбитражного соглашения в такой форме. Кроме того, в соответствии с подпунктом 7) ст. 7 Закона «Об арбитраже» отмена, изменение или признание недействительным основного соглашения не приводят к прекращению, изменению или признанию недействительной арбитражной оговорки. Суд должен был определить действительность арбитражной оговорки и наличие компетенции по разрешению спора.

2) Отмена арбитражного решения вследствие того, что сторона не была должным образом уведомлена об арбитражном разбирательстве

Имеется судебная практика, в соответствии с которой арбитражные решения отменялись со ссылкой на ненадлежащее уведомление сторон спора.

Определениями Суда №2 г. Уральска от 23 июня 2017 года и Судебной коллегии по гражданским делам Западно-Казахстанского областного суда от 23 августа 2017 года решение ТОО «Третейский суд по Западно-Казахстанской области» было отменено. В определении судебной коллегии было указано о том, что уведомление не может считаться врученным заблаговременно, так как заседание было 15 февраля, а уведомление отправлено только 8 февраля и нет отчетов о доставке уведомления. При этом было учтено, что ответчик проживает в г. Экибастузе, а арбитражное разбирательство прошло в г. Уральск. Суд также отметил, что ответчику не были направлены копии всех документов, материалов и информации, которые представлены арбитражу.

Определениями Суда №2 г. Уральска от 1 ноября 2017 года решение ТОО «Третейский суд по Западно-Казахстанской области» также было отменено на основании того, что уведомление не может считаться врученным заблаговременно, с учетом проживания ответчика в г. Экибастузе – заседание было 17 апреля, а уведомление вручено только 13 апреля. Суд аналогично отметил, что ответчику

не были направлены копии всех документов, материалов и информации, которые представлены арбитражу.

Полагаем, что арбитражи несут обязанность по надлежащему уведомлению сторон спора. Необходимо заблаговременно направлять уведомления сторонам о заседаниях, с учетом их нахождения в других регионах.

Определением Суда №2 г. Уральска от 14 июля 2017 года решение ТОО «Третейский суд по Западно-Казахстанской области» было отменено. Суд отметил, что нет доказательств в надлежащем извещении ответчика о явке в судебное заседание. Так, было отмечено, что SMS-сообщения, направленные на мобильный телефон, не могут быть приняты во внимание, так как указанный номер не принадлежит ответчику, а также в соответствии со справкой АО «Кселл» в период направления уведомления активных действий не проводилось, то есть данным номером должник не пользовался.

В этой связи арбитражам при направлении SMS-сообщений с уведомлениями необходимо убедиться, что телефонный номер принадлежит стороне спора и что данные сообщения получены сторонами.

При этом полагаем, что направление SMS-сообщений с уведомлениями, при условии получения этих сообщений адресатами, является надлежащим уведомлением сторон спора.

Так, постановлением Судебной коллегии по гражданским делам Верховного суда от 3 октября 2017 года определение районного суда №2 Казыбекбийского района города Караганды от 23 июня 2017 года и определение апелляционной судебной коллегии по гражданским делам Карагандинского областного суда от 14 августа 2017 года были отменены.

Судебная коллегия Верховного суда отметила, что по смыслу статьи 255 ГПК и статьи 57 Закона «Об арбитраже» доказательства ненадлежащего неуведомления о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве обязана представить сторона, против которой вынесено арбитражное решение. Между тем ответчик в суд не явился, доказательств ненадлежащего неуведомления о назначении арби-

тра или об арбитражном разбирательстве не представил. В свою очередь, истец представил суду копию почтовой квитанции, детализацию SMS-соединений и распечатку с официального сайта Акционерного общества «Казпочта» об отправке уведомления ответчику о времени и месте арбитражного разбирательства. Однако суд не исследовал в судебном заседании эти доказательства.

В итоге дело направлено на новое рассмотрение в суд апелляционной инстанции в ином составе.

3) Отмена арбитражного решения вследствие того, что арбитражное соглашение недействительно по закону, которому стороны его подчинили, а при отсутствии такого указания – по законодательству Республики Казахстан

В доктрине и законодательстве выделяются следующие основания недействительности арбитражного соглашения:

а) совершено лицом, не обладающим необходимой правоспособностью;

б) порок воли (заключение под влиянием заблуждения (п. 8 ст. 159 ГК РК), обмана, насилия, угрозы (п. 9 ст. 159 ГК РК) и т.д.);

в) совершено без соблюдения установленной законом формы;

г) противоречит императивным нормам применимого законодательства об арбитраже;

д) заключено по вопросам, которые не могут быть предметом арбитражного разбирательства.

В настоящее время наибольшие проблемы на практике возникают с недействительностью арбитражных соглашений, которые противоречат императивным нормам применимого законодательства об арбитраже. В частности, речь идет о недействительности арбитражных оговорок, включенных в договоры присоединения.

В соответствии с п. 4 ст. 8 Закона об арбитраже арбитражное соглашение о разрешении спора по договору, условия которого определены одной из сторон в формулярах или иных стандартных формах и могли быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения к предло-

женному договору в целом (договор присоединения), действительно, если такое соглашение заключено после возникновения оснований для предъявления иска.

Ранее аналогичная норма содержалась в Законе о третейских судах (см. п. 3 ст. 7). Однако Законом РК от 03 июля 2013 года №125-V ЗРК «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования деятельности арбитража и третейского суда» из ст. 7 Закона о третейских судах был исключен п. 3, предусматривающий, что третейское соглашение о разрешении спора по договору, условия которого определены одной из сторон в формулярах или иных стандартных формах и могли быть приняты другой стороной путем присоединения к предложенному договору в целом (договор присоединения), действительно, если такое соглашение заключено после возникновения оснований для предъявления иска.

Такое изменение являлось спорным. В Законе о международном арбитраже такой нормы не было, поскольку в сфере международного коммерческого арбитража, как правило, отсутствует необходимость в защите интересов потребителей – физических лиц.

Что же представляет собой договор присоединения и почему законодатель ввел подобное предписание о недействительности арбитражного соглашения? Согласно ст. 389 ГК договором присоединения признается договор, условия которого определены одной из сторон в формулярах или иных стандартных формах и могут быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения к предложенному договору в целом. Таким образом, все гражданско-правовые договоры в зависимости от процедуры их заключения можно подразделить на взаимосогласованные и договоры присоединения. При заключении взаимосогласованных договоров их условия определяются обеими сторонами. При заключении договоров присоединения их условия вырабатываются одной из сторон, другая сторона присоединяется к этим условиям¹.

¹ Гражданское право: Учебник для вузов (академический курс). Т. 1 / Отв. ред.: М.К. Сулейменов, Ю.Г. Басин. Алматы: КазГЮА, 2000. С. 689.

По мнению М.И. Брагинского, «договоры присоединения по своей природе относятся к тем договорным конструкциям, правовое регулирование которых основано не на их защите, а на настороженном отношении к ним законодателя. Аномальный характер соответствующих договоров выражается применительно к их содержанию в сохранении лишь внешней формы соглашения, поскольку подлинно свободной в этом случае является воля лишь одной из сторон – той, которая прибегает для заключения договора к формуляру»¹.

Присоединяющаяся сторона в рассматриваемом договоре лишена инициативы и свободы определения условий, у нее есть только относительная свобода выбора определенного контрагента и инициатива по вступлению с ним в договорные отношения или отказу от такого договора. При заключении договора присоединения... объективно определяются неравенство позиций сторон².

Арбитражная оговорка, будучи включенной в текст договора присоединения, фактически лишает присоединяющуюся сторону свободы волеизъявления. Именно поэтому п. 4 ст. 8 Закона об арбитраже предусматривает, что арбитражное соглашение о разрешении спора по договору, условия которого определены одной из сторон в формулярах или иных стандартных формах и могли быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения к предложенному договору в целом (договор присоединения), действительно, если такое соглашение заключено после возникновения оснований для предъявления иска.

Указанная норма своими идейными истоками имеет зарубежное законодательство о третейском (арбитражном) разбирательстве, которое также формулирует процессуальные конструкции, защищающие экономически более сла-

¹ *Брагинский М.И., Витрянский В.В.* Договорное право. Книга первая: Общие положения. М.: Статут, 2000. С. 259.

² *Амирханова И.В.* Некоторые вопросы заключения договоров в предпринимательской сфере // Договор в гражданском праве: проблемы теории и практики: Сб. материалов международной научно-практической конференции: В 2-х томах. Т. 1 / Отв. ред. М.К. Сулейменов. Алматы: КазГЮА, 2000. С. 74.

бые стороны¹. Следует отметить, что во многих странах ЕС споры по защите прав потребителей вообще являются не арбитрабельными именно по причине необходимости защиты слабой стороны в договоре, которой, как правило, является потребитель.

Согласно п. 1 ст. 157 Гражданского кодекса сделка недействительна по основаниям, установленным настоящим Кодексом или иными законодательными актами, в силу признания ее таковой судом (оспоримая сделка) либо по основаниям, прямо предусмотренным законодательными актами, независимо от такого признания (ничтожная сделка). Сделка относится к оспоримой, если ее ничтожность не предусмотрена законодательными актами. В случае возникновения спора о ничтожности сделки ее недействительность устанавливается судом.

Таким образом, согласно п. 4 ст. 8 Закона об арбитраже арбитражное соглашение о разрешении спора по договору присоединения, включенное в последний до возникновения оснований для предъявления иска, является недействительным.

Вместе с тем судебной практике известны случаи, когда суды необоснованно, на наш взгляд, возвращали иски заявляемые, ссылаясь в соответствии с подп. 7) п. 1 ст. 152 ГПК на наличие заключенного между сторонами арбитражного соглашения, несмотря на то, что такое соглашение, включенное в договор присоединения, является, согласно п. 4 ст. 8 Закона об арбитраже, недействительным.

Законом Республики Казахстан от 21.01.2019 №217-VI «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты РК по вопросам усиления защиты собственности, арбитража, оптимизации судебной нагрузки, дальнейшей гуманизации уголовного законодательства» п. 4 ст. 8 Закона об арбитраже был дополнен указанием на действительность арбитражного соглашения по договору займа между коммерческой организацией и физическим лицом, не являющимся индивидуальным предпринимателем.

¹ Сковрцов О.Ю. Третейское разбирательство предпринимательских споров в России: проблемы, тенденции, перспективы. М.: ВолтерсКлувер, 2005. С. 376.

лем, только в том случае, если такое соглашение заключено после возникновения оснований для предъявления иска (по аналогии с договором присоединения).

Указанное дополнение было внесено в целях защиты физических лиц, являющихся заемщиками по договорам займа, которым более сильная сторона договора – займодавец навязывала заключение так называемого договора потребительского займа с арбитражной оговоркой о разрешении спора в определенном арбитраже, фактически тем самым лишая заемщика права на свободный выбор способа защиты.

4) Отмена арбитражных решений по инициативе суда

Согласно п. 2 ст. 52 Закона об арбитраже арбитражное решение отменяется судом в случае определения, что:

1) арбитражное решение противоречит публичному порядку Республики Казахстан;

2) спор, по которому вынесено арбитражное решение, не может являться предметом арбитражного разбирательства по законодательству Республики Казахстан.

Значительным шагом вперед в развитии арбитражного законодательства в Казахстане стало исключение такого основания для возможного обжалования решения третейского суда, как «противоречие принципу законности», поскольку сама возможность отмены решения третейского суда по основанию нарушения принципа законности противоречила сущности третейского разбирательства.

В Законе об арбитраже такого основания для возможного обжалования решения, как «противоречие принципу законности», уже нет. Однако, как показала практика, после введения в действие в 2016 г. нового Закона об арбитраже суды стали отменять арбитражные решения, ссылаясь на противоречие публичному порядку, который в понимании отдельных судей нередко отождествляется с законностью, что в принципе неверно.

Закон об арбитраже (подпункт 1) ст. 2) определяет публичный порядок Республики Казахстан как основы правопорядка, закрепленные в законодательных актах Республики Казахстан.

Согласно п. 1 ст. 1090 ГК иностранное право не применяется в случаях, когда его применение противоречило бы основам правопорядка Республики Казахстан (публичному порядку Республики Казахстан). В этих случаях применяется право Республики Казахстан. При этом отказ в применении иностранного права не может быть основан лишь на отличии политической или экономической системы соответствующего иностранного государства от политической или экономической системы Республики Казахстан (см. п. 2 ст. 1090 ГК).

Понятие публичного порядка (*ordre public*, *public policy*) является довольно неопределенным, применение его отдается целиком на судебское усмотрение. Однако применение такого основания для отмены арбитражного решения во всем мире возможно только в «исключительных случаях». Каждый такой случай должен серьезно обосновываться и не может сводиться к любому нарушению, пусть даже и серьезному, норм национального права.

Далее представлена информация по применению отдельных оснований отмены арбитражных решений по инициативе суда.

Суды отменяют арбитражные решения со ссылкой на противоречие публичному порядку, если сумма взыскиваемой арбитражным решением неустойки значительно превышает сумму основного долга.

Так, определением Суда №2 г. Уральска от 1 ноября 2017 года решение ТОО «Третейский суд по Западно-Казахстанской области» было отменено. Основанием явилось то, что сумма взысканной неустойки в два раза превышала сумму займа. В этой связи суд усмотрел нарушение публичного порядка Республики Казахстан.

Определением Суда №2 г. Уральска от 26 октября 2017 года решение ТОО «Третейский суд по Западно-Казахстанской области» также отменено со ссылкой на противоречие данного решения публичному порядку. А именно со ссылкой на то, что годовая эффективная ставка вознаграждения, которая была присуждена арбитражным решением (360%), по выданному займу в несколько раз превышает установленный законодательством предельный размер

ставки вознаграждения. Постановлением Правления Национального Банка Республики Казахстан от 24 декабря 2012 года №377, в соответствии с п. 2 ст. 718 Гражданского кодекса, утверждена предельная годовая эффективная ставка вознаграждения в размере 56% по банковским займам, микрокредитам, кредитам, предоставляемым банками второго уровня, организациями, осуществляющими отдельные виды банковских операций, микрофинансовыми и микрокредитными организациями и кредитными товариществами.

Такое нарушение суды посчитали нарушением основ правопорядка.

Исходя из мировой практики, действительно, явно несоизмеримая сумма неустойки сумме основного долга признается в отдельных случаях противоречием публичному порядку. Например, в своем решении №176/2015 Верховный суд Греции отметил, что исполнение договора, в соответствии с которым одна из сторон договора несет чрезмерные и необоснованные обязанности, является нарушением публичного порядка. Это несправедливо нарушает баланс интересов в пользу другой стороны договора¹. Особое внимание уделяется договорам, которой одной из сторон является потребитель – физическое лицо.

При этом суды автоматически восстанавливают пропущенный срок для заявления ходатайства об отмене арбитражного решения. Суды ссылаются на ч. 3 ст. 126 ГПК, которая указывает, что суд обязан восстановить пропущенный срок для обжалования судебных актов, принесения прокурором ходатайств или протеста в случае нарушения закона судом либо судебных актов, ограничивающих возможность участника процесса на защиту своих прав и законных интересов (несвоевременное направление копии судебного акта лицу, участвующему в деле; незнание языка судопроизводства, если судебный акт не переведен на язык, которым лицо владеет; неправильное оформление правопреемства), а также при наличии иных обстоятельств, которые воспрепятствовали своевременно подать жалобу, принести прокурору ходатайство или протест.

¹ <http://kluwerarbitrationblog.com/2016/06/27/greece-annulment-arbitral-award-violation-public-policy-view-recent-case-law/>.

Суды, однако, не проверяют наличие оснований для восстановления срока и не указывают такие основания в судебных определениях.

Вместе с тем Верховный суд РК по аналогичным решениям судов Карагандинской области занял позицию по отмене таких решений. Так, постановлением Судебной коллегии по гражданским делам Верховного суда от 3 октября 2017 года определение районного суда №2 Казыбекбийского района города Караганды от 23 июня 2017 года и определение апелляционной судебной коллегии по гражданским делам Карагандинского областного суда от 14 августа 2017 года были отменены.

Судебная коллегия Верховного суда отметила, что суд первой инстанции незаконно вошел в обсуждение правомерности ставки вознаграждения за пользование займом, полагая, что она превышает 56 % годовых, то есть верхнюю границу, установленную Постановлением Правления Национального Банка Республики Казахстан от 24 декабря 2012 года №377 «Об утверждении предельного размера годовой эффективной ставки вознаграждения». По мнению суда первой инстанции, рассмотрение данного спора в арбитраже противоречило публичному порядку Республики Казахстан, то есть основам правопорядка, закрепленным в законодательных актах Республики Казахстан.

Судебная коллегия Верховного суда далее отметила, что суд, отменяя арбитражное решение по основанию нарушения публичного порядка, не указал, какие основы правопорядка были нарушены арбитражем. Между тем категория публичного порядка применяется лишь тогда, когда не само решение, а именно последствия его исполнения могут быть несовместимы с основами правопорядка.

В итоге дело направлено на новое рассмотрение в суд апелляционной инстанции в ином составе.

Мы можем только приветствовать такую позицию Верховного суда.

Полагаем, что отмена арбитражных решений ТОО «Третейский суд по Западно-Казахстанской области» происходит в основном из-за чрезмерной суммы, присуждаемой ар-

битражем для выплаты физическим лицом в пользу финансового учреждения¹.

Вместе с тем следует обратить внимание на то, что данная проблема обусловлена в первую очередь измерением ст. 297 Гражданского кодекса РК «Уменьшение размера неустойки». Законом РК от 27 февраля 2017 года «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования гражданского, банковского законодательства и улучшения условий для предпринимательской деятельности» статья 297 ГК была дополнена фразой о том, что **суд вправе уменьшить неустойку по требованию должника**. Если до внесения указанных изменений суд или арбитраж вправе был самостоятельно снижать размер неустойки, видя явную ее несообразность убыткам кредитора, то с введением данного изменения арбитраж может снизить размер неустойки только при наличии соответствующего требования должника.

В том случае, когда должник по каким-либо причинам не участвует в заседании (в т.ч. когда арбитраж не может найти скрывающегося должника), арбитраж самостоятельно не может по ст. 297 ГК в новой ее редакции уменьшить размер неустойки. С одной стороны, в данном случае можно говорить о том, что не являющаяся сторона несет риск всех неблагоприятных последствий, в том числе и от того, что она не воспользовалась своим правом требовать снижения неустойки.

Но когда речь идет о физических лицах, то даже, являясь в суд или арбитраж, они, как правило, юридически неграмотны и могут не знать о ст. 297 ГК (как правило, они сами представляют свои интересы, не имея возможности нанять представителя или адвоката). Именно поэтому в России, в т.ч. в целях защиты слабой стороны в договоре, которой обычно является физическое лицо, в ст. 333 ГК РФ «Уменьшение неустойки» дифференцированно решается вопрос об уменьшении размера неустойки, а именно, если «должни-

¹ Между тем имеется информация, что по аналогичным спорам в государственных судах государственные суды также присуждали повышенный размер неустойки.

ком является коммерческая организация, индивидуальный предприниматель, а равно некоммерческая организация при осуществлении ею приносящей доход деятельности, снижение неустойки судом допускается только по обоснованному заявлению такого должника, которое может быть сделано в любой форме. При взыскании неустойки с иных лиц правила статьи 333 ГК РФ могут применяться не только по заявлению должника, но и по инициативе суда, если усматривается очевидная несоразмерность неустойки последствиям нарушения обязательства»¹.

На наш взгляд, подобный подход следует законодательно закрепить в ст. 297 Гражданского кодекса РК в целях защиты слабой стороны, которой в договоре, как правило, является физическое лицо – потребитель.

Фактор же отсутствия уведомления ответчика является вспомогательным, но по сути не самостоятельным основанием отмены арбитражного решения или отказа в его исполнении.

Этим также можно объяснить размер взимаемой государственной пошлины при заявлении ходатайств об отмене арбитражных решений и восстановление срока для отмены арбитражного решения. Пошлина с физических лиц взимается как с исков неимущественного характера, тогда как должна взиматься как с исков имущественного характера. Сроки восстанавливаются, несмотря на то, что очевидных оснований для такого восстановления нет.

Полагаем, что тем самым суды хотят обеспечить социальную стабильность, когда физические лица, в том числе в силу правовой и финансовой безграмотности, не понимают последствия невыплаты суммы займа. Кроме того, суды, по их пониманию, вносят элемент справедливости во взаимоотношения между финансовой организацией и физическим лицом, не позволяя взимание чрезмерной неустойки.

В этой связи полагаем, что источником проблем с отменами и отказом в исполнении арбитражных решений явля-

¹ См.: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24.03.2016 №7 (ред. от 07.02.2017 г.) «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств».

ется фактор отношений между финансовой организацией и физическим лицом, а также чрезмерные суммы, присуждаемые в пользу финансовых учреждений.

При рассмотрении вопроса об отмене арбитражных решений необходимо иметь в виду такой институт, как отказ от права на возражение.

В соответствии со ст. 6 Закона об арбитраже сторона, которая знает о том, что какое-либо положение настоящего Закона или какое-либо требование арбитражного соглашения не было соблюдено, и тем не менее продолжает участвовать в арбитражном разбирательстве, не заявив возражений против такого несоблюдения в течение срока, определенного регламентом арбитража для этой цели, считается отказавшейся от своего права на возражение.

Данная норма полностью соответствует Типовому закону ЮНСИТРАЛ «О международном торговом арбитраже».

Указанная статья имеет важное практическое значение в первую очередь при рассмотрении государственными судами ходатайств об отмене арбитражных решений.

«Поведение стороны, рассматриваемое как отказ от дальнейших возражений против нарушения порядка рассмотрения спора, ведет к тому, что такой отказ будет иметь силу не только в отношении самого арбитражного разбирательства, но и в процессе производства в государственном суде по вопросу об отмене или признании и приведении в исполнение вынесенного в результате данного арбитражного разбирательства решения. Иными словами, сторона в таких случаях уже не вправе ссылаться на нарушение порядка арбитражного разбирательства в обоснование своей позиции, как в ходе дальнейшего арбитражного разбирательства, так и в последующих судебных процедурах»¹.

Однако в казахстанской судебной практике она не так часто применяется, как могла бы. В связи с этим, на наш взгляд, необходимо разъяснить как практикующим юри-

¹ См.: Комментарий к ст. 46. Регламент Международного коммерческого арбитражного суда (МКАС) при Торгово-промышленной палате Российской Федерации: Комментарий (постатейный), в ред. Приказа ТПП РФ от 23.06.2010 №28. <http://zakoniros.ru/?p=5104>.

стам, так и судьям государственных судов вопросы практического применения данной статьи.

2.3. Субъекты отмены арбитражных решений

Проблематичным в Казахстане является вопрос о субъектах отмены арбитражных решений, а именно о третьих лицах. Как известно, обращение к арбитражному разбирательству выступает одним из способов защиты гражданских прав и возможно лишь при наличии должным образом заключенного между сторонами арбитражного соглашения, являющегося по своей правовой природе гражданско-правовым договором.

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

Таким образом, инициатором арбитражного разбирательства могут быть исключительно стороны арбитражной оговорки.

Нормы о возможности отмены решений арбитражей третьими лицами в казахстанской юридической литературе неоднократно подвергались критике, поскольку решение арбитража обязательно только для сторон и ни в каком случае не может затронуть третьих лиц. Почему третье лицо, не участвовавшее в арбитражном разбирательстве, вдруг получает право на отмену решения арбитража и таким образом вмешивается в отношения двух сторон?

Данная формула несет в себе большой риск для деятельности арбитражей Казахстана, поскольку она создает предпосылки для необоснованной отмены арбитражного решения.

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

возникшего из договора между двумя физическими лицами, также предпринимали попытки обжаловать решение как третье лицо.

Согласно подп. 4) п. 1 ст. 27 Закона об арбитраже арбитраж возвращает исковое заявление, если затрагиваются интересы третьих лиц, не являющихся участниками арбитражного соглашения.

Применение данной нормы на практике вызывает много вопросов. Нередко стороны, необоснованно ссылаясь на интересы третьих лиц, тем самым пытаются прекратить арбитражное разбирательство¹.

Так, в 2016 г. составом арбитража КМА было рассмотрено дело №11/2016 по исковому заявлению ТОО «Р» (Истец) к АО «СК» Н» (Ответчик) о взыскании страхового возмещения вреда.

Ответчиком было подано ходатайство о привлечении АО «К» (перестраховщик) в качестве третьего лица в арбитражном разбирательстве и рассмотрения вопроса о подведомственности спора арбитражу. При этом Ответчик также заявил, что дело подлежит рассмотрению в суде общей юрисдикции в соответствии со ст. 27 Закона об арбитраже и ст. 40 Регламента КМА.

АО «К» заявило, что арбитражное разбирательство подлежит прекращению, а спор, возникший между Истцом и Ответчиком, подлежит передаче на рассмотрение в суд, т.к. затрагиваются интересы АО «К», которое выступило перестраховщиком по договору факультативного страхования.

Истец выступил против участия АО «К» в арбитражном разбирательстве, пояснив, что оно не имеет права подавать заявление в арбитраж. Согласно п. 3 ст. 33 Регламента и п. 3 ст. 31 Закона об арбитраже, право заявления ходатайств предоставлено сторонам, участвующим в арбитражном разбирательстве. Поскольку Законом об арбитраже не предусмотрено право третьих лиц обращаться в арбитраж с заявлениями и ходатайствами, Истец просил арбитраж оставить заявление третьего лица без рассмотрения. По мнению Истца, дело подлежит рассмотрению в арбитраже.

¹ См., например: Сборник Решений Казахстанского Международного Арбитража (2008 – 2013 гг.) // Сост.: Сулейменов М.К., Дуйсенова А.Е. Алматы: КМА, 2014. С. 249-250, 456-458.

Состав арбитража пришел к следующим выводам. Согласно п. 1 ст. 20 Закона об арбитраже арбитраж самостоятельно решает вопрос о наличии или отсутствии у него полномочий (юрисдикции) рассматривать переданный на его разрешение спор.

В юриспруденции термин «третье лицо» используется как в процессуальном, так и в материальном гражданском праве. Во всех же ходатайствах Ответчика и АО «К» этот термин используется в процессуальном смысле. Отсюда – односторонние суждения о привлечении или вступлении (невозможности привлечения или вступления) в арбитражный процесс перестраховщика в качестве третьего лица.

Однако Закон об арбитраже, по мнению Составы арбитража, использует этот термин с точки зрения материального гражданского плана.

Юридической доктриной круг третьих лиц в гражданско-правовом понимании определен следующим образом. К обязательствам с участием третьих лиц отнесены: регрессные обязательства (по переложению исполненного долга на третье лицо); обязательства в пользу третьего лица (а не кредитора); обязательства, исполняемые (за должников) третьими лицами.

При этом, по мнению Составы арбитража, проведение анализа первых двух позиций неактуально, поскольку они к рассматриваемому делу отношения не имели. Третья же позиция интересна в том плане, что заинтересованными в этом вопросе лицами (Ответчик и АО «К») перестраховщик рассматривается как то самое третье лицо, интересы которого затрагиваются, но не охваченное арбитражной оговоркой.

Однако при перестраховании ответственным перед страхователем (Истец) за страховую выплату остается страховщик по основному договору страхования. Заключение страховщиком договора перестрахования не освобождает его от ответственности перед своим страхователем по основному договору страхования. Иначе говоря, перестрахователь (Ответчик), обладая статусом регулируемой и лицензируемой финансовой организации, является носителем риска неисполнения заключенного им основного договора страхования в полном объеме, несмотря на то, что этот риск застрахован им у перестраховщика.

Перестраховщик же (АО «К») не несет ответственности перед страхователем по основному договору, и все свои претензии, связанные с неисполнением данного договора, страхователь (Истец) может предъявлять лишь к своему контрагенту – основному страховщику (Ответчик).

Таким образом, Состав арбитража пришел к выводу о том, что в гражданско-правовом понимании перестраховщик вообще не является третьим лицом, и потому использование подп. 3) п. 1 ст. 27 Закона об арбитраже о возврате искового заявления на том основании, что затрагиваются интересы третьих лиц, не являющихся участниками арбитражного соглашения, не обосновано.

Статья 40 Регламента предусматривает вступление в арбитражное разбирательство третьих лиц лишь с согласия сторон и самого третьего лица. С неполучением такого согласия не связывается прекращение производства по делу ввиду отсутствия юрисдикции арбитража.

Статья 20 Закона об арбитраже содержит исчерпывающий перечень споров, не подведомственных арбитражу, в число которых не входят споры, арбитражные решения по которым затрагивают или могут затронуть интересы третьих лиц.

В рассматриваемом Составом арбитража случае Истец заявил о своем несогласии с тем, чтобы АО «К» (перестраховщик) вступило в дело в качестве третьего лица. Следовательно, принять участие в арбитражном разбирательстве в качестве третьего лица АО «К» не может.

На основании изложенного Состав арбитража пришел к выводу о том, что исковое заявление не подлежит возврату, поскольку интересы третьего лица (перестраховщика) не затрагиваются, участие перестраховщика в арбитражном разбирательстве в качестве третьего лица невозможно. Соответственно, Состав арбитража признал наличие у него компетенции по рассмотрению данного дела.

Однако впоследствии вынесенное по данному делу решение состава арбитража КМА от 28 декабря 2016 г. было отменено Определением СМЭС г. Алматы от 30 января 2017 г. со ссылкой на противоречие публичному порядку, а также на то, что данным решением, по мнению суда, затрагиваются интересы третьих лиц.

Апелляционная судебная коллегия Алматинского городского суда по гражданским и административным оставила Определение СМЭС г. Алматы от 30 января 2017 года без изменения, частную жалобу – без удовлетворения (Определение Алматинского городского суда за №2а-1275/17).

В обоих определениях суд фактически пересмотрел арбитражное решение по существу, поскольку принялся исследовать обстоятельства дела, анализируя вопрос о третьих лицах, выяснять позиции сторон по существу спора. Между тем суд не вправе пересматривать арбитражное решение по существу в силу его окончательности и отсутствия таких полномочий у суда. В Определениях судов речь должна идти только об анализе возможных оснований для отмены арбитражного решения.

Пункт 1 ст. 464 ГПК не содержит оснований, по которым арбитражное решение может быть отменено. Такой перечень предусмотрен ст. 52 Закона об арбитраже и носит исчерпывающий характер. Статья 52 Закона об арбитраже такого основания для отмены арбитражного решения, как нарушение арбитражным решением интересов третьего лица, не предусматривает.

СМЭС г. Алматы в своем определении от 30 января 2017 г. не привел мотивировку того основания, по которому он отменил арбитражное решение. Суд указал на два возможных основания для отмены (согласно п. 2 ст. 52 Закона об арбитраже): 1) арбитражное решение противоречит публичному порядку РК; 2) спор, по которому вынесено арбитражное решение, не может являться предметом арбитражного разбирательства по законодательству РК. При этом все доводы стороны, заявившей ходатайство об отмене арбитражного решения, о том, что оно противоречит публичному порядку, суд отклонил, признав их недоказанными и необоснованными. А второе основание – неарбитрабельность не проанализировал.

Согласно п. 1 ст. 464 ГПК третье лицо, не привлеченное к участию в деле, но в отношении права и обязанностей которого арбитраж принял решение, наделяется правом подачи ходатайства об отмене арбитражного решения.

Для применения данной нормы необходимо соблюдение двух важных условий:

1) правом на подачу ходатайства об отмене арбитражного решения наделено не любое третье лицо, а только то, которое не было привлечено к участию в деле, но в отношении прав и обязанностей которого арбитраж принял решение.

Так, согласно п. 16 Рекомендации Верховного Суда: «Статья 464 ГПК предусматривает исключительный перечень лиц, имеющих право на подачу ходатайства об отмене решения арбитража. При подаче ходатайства третьим лицом суду следует установить, что арбитраж принял решение в отношении его прав и обязанностей»¹;

2) третье лицо должно доказать суду наличие оснований для отмены арбитражного решения. Даже в том случае, когда арбитраж действительно вынес арбитражное решение в отношении прав и обязанностей третьего лица, оно все равно должно доказать наличие в деле предусмотренных ст. 52 Закона об арбитраже оснований отмены арбитражного решения.

Во всем мире просто так, без наличия доказанных оснований для отмены арбитражного решения, отменить его невозможно.

3. Принудительное исполнение арбитражных решений

3.1. Общие положения

В действующем ГПК разграничиваются понятия «арбитраж» и «иностранный арбитраж». Под арбитражем понимается арбитраж, созданный и действующий в Республике Казахстан (причем это может быть как институциональный арбитраж, так и арбитраж *ad hoc*). Под иностранным арбитражем понимается созданный и действующий за пределами РК как институциональный арбитраж, так и арбитраж *ad hoc*.

Поэтому нормы главы 20 «Исполнение арбитражного решения» ГПК (ст. ст. 253 – 255) посвящены исполнению арбитражного решения, вынесенного казахстанским арбитра-

¹ Рекомендации круглого стола «Некоторые вопросы применения Закона Республики Казахстан «Об арбитраже» (г. Астана, 30 июня 2017 г.) // Опубликованы на сайте Верховного Суда РК .

жем. А нормы главы 57 «Производство по делам с участием иностранных лиц» ГПК (ст. ст. 501, 503, 504) касаются исполнения арбитражного решения, вынесенного иностранным арбитражем.

Решения иностранных международных коммерческих арбитражей в силу Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 10 июня 1958 г.) подлежат признанию и приведению в исполнение на территории РК в соответствии с ГПК РК.

Принудительное исполнение арбитражного решения, вынесенного казахстанским арбитражем, производится в порядке, предусмотренном статьями 253 – 255 ГПК. Принудительное исполнение арбитражного решения, вынесенного иностранным арбитражем, осуществляется в порядке, предусмотренном статьями 501, 503, 504 ГПК РК.

В соответствии с п. 1 ст. 253, п. 1 ст. 503 ГПК в случае, если арбитражное решение не исполнено добровольно в установленный в нем срок, сторона арбитражного разбирательства, в пользу которой вынесено арбитражное решение (взыскатель), вправе обратиться в суд с заявлением о принудительном исполнении арбитражного решения: по месту рассмотрения спора арбитражем либо по месту жительства должника или по месту нахождения органа юридического лица, если место жительства или место нахождения неизвестно, то по месту нахождения имущества должника.

3.2. Порядок принудительного исполнения внутренних арбитражных решений

В соответствии с п. 1 ст. 253 ГПК в случае, если арбитражное решение не исполнено добровольно в установленный в нем срок, сторона арбитражного разбирательства, в пользу которой вынесено арбитражное решение (взыскатель), вправе обратиться в суд с заявлением о принудительном исполнении арбитражного решения:

- по месту рассмотрения спора арбитражем либо
- по месту жительства должника или по месту нахождения органа юридического лица,
- если место жительства или место нахождения неизвестно, то по месту нахождения имущества должника.

Возможность обращения в суд по месту жительства

должника или по месту нахождения органа юридического лица, или по месту нахождения имущества должника существенно облегчает процедуру принудительного исполнения решения арбитража, что очень удобно в том случае, когда, например, спор был рассмотрен арбитражем в Алматы, а истец и ответчик находятся в других городах Казахстана. И практика КМА показывает, что в последние годы «география» спорящих сторон неуклонно расширяется.

Пункт 1 ст. 253 ГПК содержит указание на то, что сторона вправе обратиться в суд с заявлением о принудительном исполнении арбитражного решения, если оно не исполнено добровольно в установленный в нем срок. Однако на практике не всегда в арбитражном решении устанавливается срок для его добровольного исполнения, что иногда расценивается судами как основание для отказа в принудительном исполнении такого арбитражного решения ввиду преждевременности обращения заявителя в суд.

Так, Определением Суда №2 г. Уральска ЗКО от 10 апреля 2017 года заявителю ИП «Т» было отказано в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение арбитражного решения постоянно действующего арбитража по ЗКО от 21 февраля 2017 г. по иску ИП «Т» к гр. Н. о взыскании долга и неустойки по договору займа от 1 мая 2016 г.

В мотивировочной части Определения суд сослался на то, что «в решении арбитража срок добровольного исполнения решения, предоставленный должнику, не установлен».

При вынесении данного Определения Суд не принял во внимание положения п. 3 ст. 45 и п. 2 ст. 54 Закона об арбитраже. Согласно п. 3 ст. 45 Закона об арбитраже арбитражное решение считается принятым в месте арбитражного разбирательства и вступает в силу в день, когда оно подписано арбитром (арбитрами). В соответствии с п. 2 ст. 54 Закона об арбитраже, если в арбитражном решении срок не установлен, то оно подлежит немедленному исполнению.

Таким образом, в случае отсутствия в арбитражном решении срока для добровольного исполнения оно подлежит немедленному исполнению.

В соответствии с п. 2 ст. 253 ГПК к заявлению о выдаче исполнительного листа прилагаются:

1) подлинник или копия арбитражного решения. Копия решения постоянно действующего арбитража заверяется руководителем этого арбитража, копия арбитражного решения для разрешения конкретного спора должна быть нотариально удостоверенной;

2) подлинник или нотариально заверенная копия арбитражного соглашения, заключенного в установленном законом порядке (п. 2 ст. 253 ГПК).

Следует отметить, что данные нормы ГПК полностью соответствуют требованиям Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений в части требования о предъявлении в компетентный суд только двух документов – самого решения и арбитражной оговорки.

Судебной практике известны случаи нарушения норм п. 2 ст. 253 ГПК, повлекшие за собой отмену судебных актов.

Так, Постановлением судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Республики Казахстан от 3 октября 2017 года №6001-17-00-3гп/610 Определением районного суда №2 Казыбекбийского района города Караганды от 3 июля 2017 года и Определением судебной коллегии по гражданским делам Карагандинского областного суда от 8 августа 2017 года по заявлению ТОО «М» о выдаче исполнительного листа для принудительного исполнения арбитражного решения о взыскании задолженности с гр. К. были отменены. Дело было направлено на новое рассмотрение в судебную коллегию по гражданским делам Карагандинского областного суда в ином составе судей.

В соответствии с частью 5 статьи 438 ГПК основаниями к пересмотру в кассационном порядке вступивших в законную силу судебных актов являются существенные нарушения норм материального и процессуального права, предусмотренные статьей 427 ГПК, которые привели к вынесению незаконного судебного акта.

По мнению судебной коллегии ВС РК, к числу таких нарушений по данному делу относится и то, что суд апелляционной инстанции в определении указал, что заявитель не представил договор микрокредита и график погашения кредита, тогда как перечень представляемых в суд документов, указанный в части 2 статьи 253 ГПК, является ис-

черпывающим и расширительному толкованию не подлежит. Согласно требованиям части 8 статьи 253 ГПК суд при рассмотрении заявления о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение арбитражного решения не вправе пересматривать арбитражное решение по существу.

Согласно п. 3 ст. 253 ГПК заявление о выдаче исполнительного листа может быть подано не позднее трех лет со дня окончания срока для добровольного исполнения арбитражного решения.

Заявление о выдаче исполнительного листа, поданное с пропуском установленного срока, к которому не были приложены ходатайство о восстановлении срока и подтверждающие документы, возвращается судом без рассмотрения, о чем выносятся определение. На определение может быть подана частная жалоба, принесено ходатайство прокурором в суд апелляционной инстанции, решение которого является окончательным (п. 4 ст. 253 ГПК).

Суд вправе восстановить срок на подачу заявления о выдаче исполнительного листа, если признает причины пропуска указанного срока уважительными (п. 5 ст. 253 ГПК).

Заявление о выдаче исполнительного листа рассматривается судьей единолично в течение пятнадцати рабочих дней со дня поступления заявления в суд (п. 6 ст. 253 ГПК).

В соответствии с п. 7 ст. 253 ГПК о поступившем заявлении взыскателя о принудительном исполнении арбитражного решения, а также месте и времени его рассмотрения в судебном заседании суд уведомляет должника. Взыскатель также уведомляется о месте и времени рассмотрения его заявления. Неявка должника или взыскателя в судебное заседание не является препятствием к рассмотрению заявления, если от должника не поступило ходатайство об отложении рассмотрения заявления с указанием уважительных причин невозможности явиться в судебное заседание.

Как показал анализ судебной практики, нередко стороны, надлежащим образом уведомленные судом о месте и времени судебного заседания, на слушание тем не менее не являются. Суды в таком случае, ссылаясь на данный пункт, проводят заседание в отсутствие сторон. Вместе с тем, отказывая в выдаче исполнительного листа на принудитель-

ное исполнение арбитражного решения, суды нередко берут на себя бремя доказывания наличия предусмотренных ст. 255 ГПК оснований для отказа в выдаче исполнительного листа.

Пример 1. Определением Суда №2 г. Уральска ЗКО от 10 апреля 2017 года заявителю ИП «Т» было отказано в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение арбитражного решения постоянно действующего арбитража по ЗКО от 21 февраля 2017 г. по иску ИП «Т» к гр. Н. о взыскании долга и неустойки по договору займа от 1 мая 2016 г.

Как следует из Определения, стороны, надлежащим образом уведомленные о дате и времени, на заседание не явились. С одной стороны, согласно п. 7 ст. 253 ГПК, действительно, неявка взыскателя, должника в судебное заседание не является препятствием к рассмотрению заявления.

Однако, с другой стороны, согласно подпункту 1) п. 1 ст. 255 ГПК, подпункту 1) п. 1 ст. 57 Закона об арбитраже бремя доказывания наличия оснований для отказа в признании и (или) принудительном исполнении арбитражного решения лежит не на суде, а на стороне, против которой было принято арбитражное решение.

В данном случае суд, отказывая в выдаче исполнительного листа, фактически взял на себя бремя доказывания.

Пример 2. Постановлением судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Республики Казахстан от 3 октября 2017 года №6001-17-00-3гп/610 Определение районного суда №2 Казыбекбийского района города Караганды от 3 июля 2017 года и Определение судебной коллегии по гражданским делам Карагандинского областного суда от 8 августа 2017 года по заявлению ТОО «М» о выдаче исполнительного листа для принудительного исполнения арбитражного решения о взыскании задолженности с гр. К. были отменены. Дело было направлено на новое рассмотрение в судебную коллегию по гражданским делам Карагандинского областного суда в ином составе судей.

К числу существенных нарушений норм материального и процессуального права, предусмотренных статьей 427 ГПК, которые привели к вынесению незаконного судебного

акта, выявленных судебной коллегией по данному делу, было отнесено также следующее. Суды первой инстанции со ссылкой на подпункт 1) части 1 статьи 255 ГПК указали в качестве основания для отказа заявителю в выдаче исполнительного листа, что заявителем не представлено достаточных доказательств, свидетельствующих о надлежащем уведомлении гр. К. об арбитражном разбирательстве, в связи с чем гр. Калиев С. был лишен права предоставления своих объяснений арбитражу.

Суд апелляционной инстанции со ссылкой на подпункты 1) и 2) части 1 статьи 255 ГПК согласился с выводами суда первой инстанции, указав дополнительное основание для отказа заявителю в выдаче исполнительного листа – приведение в исполнение этого арбитражного решения противоречит публичному порядку Республики Казахстан.

Однако по смыслу статей 255 ГПК и 57 Закона об арбитраже доказательства ненадлежащего уведомления о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве обязана представить сторона, против которой вынесено арбитражное решение, в данном случае гр. К.

Между тем должник в суд не явился, доказательств ненадлежащего уведомления о назначении арбитром или об арбитражном разбирательстве не представил. В свою очередь, ТОО «М» в соответствии с пунктом 4.5.3 арбитражного соглашения представило суду апелляционной инстанции детализацию SMS-сообщений и распечатку с АО «Казпочта» об отправке уведомления должнику К. о времени и месте арбитражного разбирательства. Однако суд апелляционной инстанции не исследовал эти доказательства.

Важное правило закреплено в п. 8 ст. 253 ГПК: суд при рассмотрении заявления о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение арбитражного решения не вправе пересматривать арбитражное решение по существу.

Согласно п. 9 ст. 253 ГПК по результатам рассмотрения заявления судом выносится определение о выдаче исполнительного листа либо об отказе в его выдаче. Определение суда о выдаче исполнительного листа подлежит немедленному исполнению. При этом отказ в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение арбитражного решения возможен только по основаниям, предусмотренным

ст. 255 ГПК и ст. 57 Закона об арбитраже. Перечень оснований носит исчерпывающий характер.

Между тем судебной практике известны случаи отказа в выдаче исполнительного листа без указания судом конкретного основания, предусмотренного ст. 255 ГПК и ст. 57 Закона об арбитраже.

Например, Определением Суда №2 г. Уральска ЗКО от 10 апреля 2017 года заявителю ИП «Т» было отказано в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения постоянно действующего арбитража по ЗКО от 21 февраля 2017 г. по иску ИП «Т» к гр. Н. о взыскании долга и неустойки по договору займа от 1 мая 2016 г.

Суд, отказывая в удовлетворении заявления о выдаче исполнительного листа по причине непредставления доказательства надлежащего вручения арбитражного решения должнику, прямо не указал, какой именно нормой он руководствовался.

С одной стороны, действительно, ни Закон об арбитраже, ни ГПК не содержат такого основания для отказа в выдаче исполнительного листа, как «невручение арбитражного решения стороне».

Однако, с другой стороны, невозможно требовать принудительного исполнения решения, которое не было вручено стороне. Какими нормами в данном случае мог бы руководствоваться суд? Подпункт 1) п. 1 ст. 57 Закона об арбитраже содержит такое основание для отказа в признании и (или) приведении в исполнение арбитражного решения, как «состав арбитража или арбитражная процедура разбирательства не соответствовали требованиям закона».

Пункт 1 ст. 45 Закона об арбитраже содержит следующее положение:

«1. После исследования обстоятельств дела арбитраж большинством голосов арбитров, входящих в состав арбитража, принимает решение.

Решение объявляется на заседании арбитража. Арбитраж вправе объявить только резолютивную часть решения. В этом случае мотивированное решение должно быть направлено сторонам в течение десяти календарных дней со дня объявления резолютивной части решения, если иной срок не установлен регламентом или соглашением сторон».

Соответственно, ненаправление арбитражного решения сторонам можно расценивать как несоответствие арбитражной процедуры разбирательства требованиям закона.

Однако в данном случае еще раз следует обратить внимание на то, что наличие данного основания является бременем доказывания стороны, а не суда.

Как показал проведенный нами анализ судебной практики, имеют место случаи, когда суды отказывают в выдаче исполнительного листа тогда, когда заявление подается стороной до окончания месячного срока, предусмотренного п. 1 ст. 464 ГПК для отмены арбитражного решения.

Так, Определением Суда №2 г. Уральска ЗКО от 13 апреля 2017 года заявление ТОО «Д» о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения постоянно действующего арбитража по ЗКО от 13 февраля 2017 г. по иску ТОО «Д» к гр. М. о взыскании долга и неустойки по договору о предоставлении займа.

Суд в данном случае неверно истолковал нормы п. 2 ст. 53 Закона об арбитраже: «2. Ходатайство об отмене арбитражного решения не может быть заявлено по истечении одного месяца со дня получения стороной, заявляющей это ходатайство, арбитражного решения, а в случае, если была подана просьба в соответствии со ст. 51 настоящего Закона, со дня вынесения арбитражного решения по этой просьбе».

Данная норма устанавливает срок, в течение которого может быть подано ходатайство об отмене арбитражного решения. И не касается вопросов принудительного исполнения арбитражных решений.

В соответствии с подп. 1) п. 1 ст. 57 Закона об арбитраже суд отказывает в признании и (или) приведении в исполнение арбитражного решения независимо от того, в какой стране оно было вынесено, если решение еще не стало обязательным для сторон или было отменено, или его исполнение было приостановлено судом страны, в соответствии с законом которой оно было вынесено.

Согласно п. 1 ст. 55 Закона об арбитраже, если арбитражное решение не исполнено добровольно в установленный в нем срок, то оно подлежит принудительному исполнению.

В соответствии с п. 3 ст. 253 ГПК заявление о выдаче исполнительного листа может быть подано не позднее трех лет со дня окончания срока для добровольного исполнения арбитражного решения.

Согласно п. 3 ст. 45 Закона об арбитраже арбитражное решение считается принятым в месте арбитражного разбирательства и вступает в силу в день, когда оно подписано арбитром (арбитрами).

При этом в соответствии с п. 2 ст. 54 Закона об арбитраже, если в арбитражном решении срок не установлен, то оно подлежит немедленному исполнению.

Таким образом, ни Закон об арбитраже, ни ГПК не содержат норм о том, что заявление о выдаче исполнительного листа может быть подано только по окончании месячного срока для отмены арбитражного решения.

Глава 20 ГПК «Исполнение арбитражного решения» не содержит отдельных норм относительно дополнительных расходов, связанных с принудительным исполнением арбитражного решения. Данному вопросу посвящена ст. 56 Закона об арбитраже. Однако суды при вынесении определения об удовлетворении заявления о принудительном исполнении арбитражного решения иногда не только не разрешают вопрос о возмещении должником понесенных взыскателем расходов, но и неверно применяют положения ст. 109 ГПК вместо ст. 56 Закона об арбитраже.

Например, Определением Павлодарского городского суда от 14 ноября 2017 года заявление ТОО «Д» о принудительном исполнении решения Арбитражного суда и выдаче исполнительного листа от 06 октября 2017 г. по гражданскому делу по иску ТОО «Д» к гр. А. о взыскании задолженности было удовлетворено. В целом суд правильно удовлетворил заявление о выдаче исполнительного листа.

Вместе с тем в мотивировочной части определения суд неверно применил ст. 109 ГПК: «В соответствии со ст. 109 ГПК стороне, в пользу которой состоялось решение, суд присуждает с другой стороны все понесенные по делу судебные расходы. Если иск удовлетворен частично, то расходы присуждаются истцу пропорционально размеру удовлетворённых судом исковых требований, а ответчику – пропор-

ционально той части исковых требований, в которых истцу отказано.

...

Отказывая в данной части, суд обращает внимание заявителя на то, что, заключая соглашение с ответчиком о рассмотрении споров в Арбитражном суде, он должен был знать о возможном обращении в суд для принудительного исполнения решения Арбитражного суда, соответственно, о несении дополнительных расходов».

Во-первых, ГПК в данном случае не применяется. Во-вторых, применению подлежат положения гл. 5 Закона об арбитраже «Расходы, связанные с разрешением спора в арбитраже», а также соответствующего Регламента. В-третьих, согласно ст. 56 Закона об арбитраже «Взыскание расходов, связанных с принудительным исполнением арбитражного решения» дополнительные расходы, связанные с принудительным исполнением арбитражного решения, возлагаются на сторону, не исполнившую решение добровольно. И, наконец, в-четвертых, арбитражное решение может быть исполнено сторонами добровольно. Поэтому при вынесении решения арбитраж не может взыскать расходы, связанные с принудительным исполнением арбитражного решения на будущее, поскольку не может знать, будет ли оно исполнено принудительно или добровольно.

Данный вывод нашел свое закрепление в рекомендациях Верховного Суда РК: «9. В соответствии со статьей 56 Закона дополнительные расходы, связанные с принудительным исполнением арбитражного решения, возлагаются на сторону, не исполнившую решение добровольно, в связи с чем, при вынесении определения об удовлетворении заявления о принудительном исполнении арбитражного решения суд обязан разрешить вопрос о возмещении должником понесенных взыскателем расходов».

3.3. Основания для отказа в признании или приведении в исполнение арбитражного решения

Основания для отказа в признании или приведении в исполнение арбитражного решения предусмотрены ст. 57 Закона об арбитраже и ст. 255 ГПК.

В соответствии с п. 1 ст. 57 Закона об арбитраже суд от-

казывает в признании и (или) приведении в исполнение арбитражного решения независимо от того, в какой стране оно было вынесено, по следующим основаниям, если:

1) сторона, против которой было принято арбитражное решение, представит в суд доказательства того, что:

арбитражное соглашение недействительно по законам государства, которым стороны его подчинили, а при отсутствии такого указания – по закону страны, где решение было вынесено;

арбитражное решение вынесено по спору, не предусмотренному арбитражным соглашением или не подпадающему под его условия, либо содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения, а также вследствие неподведомственности спора арбитражу.

Если арбитражное решение по вопросам, которые охватываются арбитражным соглашением, могут быть отделены от решений по вопросам, которые не охватываются таким соглашением, то в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение той части арбитражного решения, которая охватывается арбитражным соглашением, не может быть отказано;

одна из сторон арбитражного соглашения была признана судом недееспособной либо ограниченно дееспособной;

сторона, против которой вынесено решение, не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве или по другим причинам, признанным судом уважительными, не могла представить арбитражу свои объяснения;

имеется вступившее в законную силу, вынесенное по спору между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основаниям решение суда или арбитражное решение либо определение суда или арбитража о прекращении производства по делу в связи с отказом истца от иска;

состав арбитража или арбитражная процедура разбирательства не соответствовали соглашению сторон или при отсутствии такового не соответствовали законам страны, где проведено арбитражное разбирательство;

решение еще не стало обязательным для сторон или было отменено, или его исполнение было приостановлено

судом страны, в соответствии с законом которой оно было вынесено;

2) суд установит, что признание и (или) приведение в исполнение этого арбитражного решения противоречит публичному порядку Республики Казахстан или что спор, по которому вынесено арбитражное решение, не может являться предметом арбитражного разбирательства в соответствии с настоящим Законом.

На практике основаниями отказа в принудительном исполнении являются в основном те же основания, предусмотренные для отмены арбитражных решений: чрезмерный размер присужденной неустойки, что противоречит публичному порядку, ненадлежащее уведомление сторон спора. Примером является определение Судебной коллегии по гражданским делам Западно-Казахстанского областного суда от 18 октября 2017 года. В этой связи сказанное в разделе об отмене арбитражных решений полностью применяется к вопросу об отказе в принудительном исполнении арбитражных решений.

Какие проблемы возникают в судебной практике при приведении в исполнение иностранных арбитражных решений в Казахстане? Рассмотрим это на примере применения отдельных оснований для отказа в признании и принудительном исполнении, предусмотренных ст. 255 ГПК.

Судебной практике известны случаи неверного применения положений ст. 255 ГПК к отказу в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения, вынесенного государственным арбитражным судом, а не иностранным международным коммерческим арбитражем.

Например, Апелляционная судебная коллегия по гражданским делам Алматинского городского суда в своем Определении за №2а-6040 от 27 октября 2017 г. применяет предусматривающие основания для отказа в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение арбитражного решения положения ст. 255 ГПК «Отказ в выдаче исполнительного листа» к решению, вынесенному Арбитражным судом Омской области, в то время как этот суд является государственным судом Российской Федерации. Нормы

ст. 255 ГПК подлежат применению только в отношении арбитражных решений, вынесенных коммерческими арбитражами (внутренними и иностранными), но никак не государственными.

Выводы

Развитие арбитража как альтернативы государственному суду во всех странах рассматривается как положительное явление, способствующее, в частности, значительному облегчению бремени, лежащего на государственном правосудии в сфере разрешения конфликтов, возникающих между участниками хозяйственного оборота. Кроме этого, в сфере внешнеэкономических отношений международный арбитраж рассматривается как важный элемент, эффективно способствующий развитию международного сотрудничества.

В этой связи чрезвычайно важным представляется создание условий для обеспечения надлежащего применения существующего в этой области национального законодательства, которое должно быть основано на правильном понимании правовой природы и роли арбитража как составной части национальной правовой системы.

Существенное снижение нагрузки на государственные суды в сфере гражданского судопроизводства возможно только при одновременном успешном развитии арбитражей в Казахстане. Последнее возможно при поддержке и понимании правовой природы арбитража как альтернативного способа разрешения споров со стороны государственных судов.

Взаимодействие арбитражей и государственных судов происходит в основном в следующих случаях:

- а) разграничение компетенции;
- б) обеспечение иска;
- в) отмена арбитражного решения;
- г) исполнение арбитражного решения.

И по каждому случаю все еще есть спорные и нерешенные проблемы.

Во всем цивилизованном мире без взаимодействия с государственными судами ни один международный коммерче-

ский арбитраж не сможет нормально развиваться и работать, поскольку в конечном итоге арбитражное решение в случае отказа одной из сторон добровольно его исполнять подлежит принудительному исполнению через систему государственных судов и судоисполнителей.

В этой связи представляется очень важным наладить конструктивный диалог между арбитражами и государственными судами. Арбитражная Палата Казахстана выражает готовность к такому сотрудничеству, в том числе путем проведения различного рода семинаров и круглых столов по проблемным вопросам практики применения арбитражного законодательства.

В качестве общей рекомендации предлагаем Верховному Суду РК в целях недопущения формирования негативной судебной практики незаконной и необоснованной отмены арбитражных решений государственными судами, необоснованного отказа в принудительном исполнении арбитражных решений рассмотреть вопрос о необходимости разработки и принятия нормативного постановления с соответствующим разъяснением нижестоящим судам приведенных в настоящем Обобщении проблемных вопросов практики применения арбитражного законодательства.

При этом к разработке постановления должны быть привлечены не только представители постоянно действующих арбитражей, ежедневно применяющих на практике законодательство об арбитраже, но и ученые.

М.Т. Балкен

ПРЕДИСЛОВИЕ К ОБОБЩЕНИЮ СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ ПО ВОПРОСАМ АРБИТРАЖА

В текущем году в Бюллетене Верховного Суда Республики Казахстан опубликовано Обобщение судебной практики о признании и исполнении, отмене арбитражных решений за 2016–2018 годы.

Причиной, побудившей высокую судебную инстанцию приступить к работе над обобщением, стало понимание необходимости совершенствования подходов практики судов

в разрешении различных вопросов, связанных с деятельностью арбитражей. Отрадно, что в целом имеется понимание необходимости развития арбитража как важной части правовой инфраструктуры, предназначенной для разрешения коммерческих и гражданских споров.

Безусловно, не остались без внимания дискуссии и полемика среди ученых, практиков относительно судебных актов о признании и исполнении арбитражных решений и их отмены.

Пожалуй, следует признать, что даже для судьи, имеющего определенный опыт, анализ и применение правовых норм об арбитраже определенно создает некоторые затруднения. Это связано, в первую очередь, со спецификой арбитражного права, нехваткой систематизированного, простого и доступного аналитического материала. Определенно актуальным является вопрос развития специализации среди судей в вопросах арбитража.

На наш взгляд, такая потребность связана с тем, что в течение длительного времени в советский период арбитраж находился в тени государственной монополии в сфере внешней торговли.

Однако с началом развития в странах постсоветского пространства свободной экономики для определенной части бизнеса, прежде всего инвесторов, арбитраж стал востребованной системой разрешения коммерческих споров. В последнее время мы можем также наблюдать, что стороной арбитражного разбирательства часто выступает не только крупный бизнес, но и субъекты среднего, малого предпринимательства и даже физические лица.

Наверное, можно отметить определенную закономерность, выражающуюся в том, что арбитраж имеет широкое распространение в свободных и успешных экономических системах.

Исторически арбитраж является востребованной частью правовой системы, необходимой для развития бизнеса, а также других сфер деятельности.

При разработке обобщения во главе угла стояли вопросы независимости арбитража, невмешательства государственных судов в арбитражную деятельность.

Обобщение судебной практики позволило обратить вни-

мание, прежде всего судей, на целый ряд проблемных вопросов. В первую очередь, недостаточное представление о независимости арбитража. Склонность восприятия взаимодействия государственных судов с арбитражами с точки зрения широкой судебной ревизии арбитражных решений нам представляется ошибочной.

Нужно понимать, что правоотношения сторон в арбитражном разбирательстве основаны на принципах диспозитивности, свободы договора. Заключая арбитражное соглашение, стороны выбирают для себя альтернативную судам, автономную систему разрешения спора. Самостоятельно определяют место арбитража, регламент, состав арбитража, принимая риски последствий. Соответственно, в нашем понимании, с точки зрения действующего закона и международного права, государственные суды не призваны выступать в роли обычной апелляционной инстанции по арбитражным делам. Иной вывод подрывает основы независимости арбитража и невмешательства судов в арбитражную деятельность, тем самым нанося урон стабильности гражданского оборота, инвестиционному климату.

Следует иметь ясное представление об окончательности арбитражного решения, которое не подлежит пересмотру по существу при рассмотрении вопроса о принудительном исполнении. Даже при разрешении заявления об отмене арбитражного решения оценка может быть дана, главным образом, нарушениям процедурного характера, неарбитрабельности спора или нарушению публичного порядка.

Разработчиком обобщения ставилась задача выявления проблемных вопросов судебной практики, разъяснения различных правовых позиций на основе научно-практических исследований, анализе норм права.

Хотелось бы выразить большую признательность коллегам из Казахстанского Международного Арбитража (КМА), Международного арбитража «IUS», Международного Коммерческого Арбитража «JUS GENTIUM», Международного арбитражного суда «IAC», а также Американской ассоциации юристов «Инициатива верховенства права (ABA ROLI)» и другим за оказанную поддержку и участие в обсуждениях.

ОБОБЩЕНИЕ СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ О ПРИЗНАНИИ И ИСПОЛНЕНИИ, ОТМЕНЕ АРБИТРАЖНЫХ РЕШЕНИЙ ЗА 2016, 2017 И 1 КВАРТАЛ 2018 ГОДА¹

Данное обобщение проведено в соответствии с планом работы Верховного суда на первое полугодие 2018 года с целью изучения судебной практики об отмене арбитражных решений, а также выявления связанных с их исполнением проблемных вопросов при рассмотрении дел и материалов данной категории, выработки предложений по формированию единообразной судебной практики и совершенствованию законодательства.

Обобщение проведено в соответствии с Методическими рекомендациями по организации и проведению обобщений судебной практики рассмотрения гражданских дел, утверждёнными распоряжением председателя Верховного Суда 20 июня 2005 года №115, Типовыми формами аналитических и информационных документов, направляемых местными судами в Верховный Суд, на основании изучения гражданских дел, истребованных из судов республики, справок по результатам проведённых обобщений областными и приравненными к ним судами.

Правовая база

Нормативными правовыми актами, подлежащими применению при рассмотрении судами дел данной категории, являются:

- Конституция Республики Казахстан;
- Гражданский кодекс Республики Казахстан (далее – ГК);
- Гражданский процессуальный кодекс Республики Казахстан (далее – ГПК);
- Закон Республики Казахстан «Об арбитраже» от 8 апреля 2016 года (далее – Закон);

¹ Настоящее Обобщение подготовлено Специализированной судебной коллегией Верховного Суда Республики Казахстан. Печатается по: Бюллетень Верховного Суда Республики Казахстан. Официальное издание. 2019. №3. С. 58-106 // URL: <http://sud.gov.kz/rus/content/byulleteni-za-2019-god>.

– нормативное постановление Верховного Суда Республики Казахстан от 31 марта 2017 года №1 «О применении судами некоторых норм законодательства об исполнительном производстве»;

– нормативное постановление Верховного Суда Республики Казахстан «О подготовке гражданских дел к судебному разбирательству» от 13 декабря 2001 года №21 (с изменениями и дополнениями, внесенными постановлениями Верховного Суда Республики Казахстан от 23 июня 2006 года №5, от 25 декабря 2007 года №12, от 22 декабря 2008 года №19, от 30 декабря 2011 года №5, от 29 декабря 2012 года №6, от 31 марта 2017 года №2, от 19 января 2018 года №2, от 20 апреля 2018 года №7);

– нормативное постановление Верховного Суда Республики Казахстан «О применении судами некоторых норм гражданского процессуального законодательства» от 20 марта 2003 года №2 (с изменениями и дополнениями, внесенными постановлениями Верховного Суда Республики Казахстан от 23 июня 2006 года №5, от 25 декабря 2007 года №12, от 22 декабря 2008 года №19, от 30 декабря 2011 года №5, от 29 декабря 2012 года №6, от 20 мая 2016 года №3, от 31 марта 2017 года №2, от 19 января 2018 года №2, от 20 апреля 2018 года №7).

К международным договорам Республики Казахстан, регулирующим вопросы деятельности арбитража и арбитражного разбирательства, относятся:

– Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 10 июня 1958 года, далее – Нью-Йоркская конвенция);

– Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже (Женева, 21 апреля 1961 года);

– Соглашение о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности (Киев, 20 марта 1992 года);

– Вашингтонская конвенция «О порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами» (Вашингтон, 18 марта 1965 года);

– Договор к Энергетической Хартии (Лиссабон, 17 декабря 1994 г.) и другие.

Статистика

Результаты рассмотрения дел об отмене арбитражных решений за 2016, 2017 и I квартал 2018 года

№	Суды	Период	Поступило заявлений	Всего окончено	Рассмотрено с вынесением решения	Рассмотрено с вынесением определения	Удовлетворено	Отказано	С прекращением производства по делу	С оставлением заявления без рассмотрения	Дело направлено по подследности
1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12
1	Акмолинская область	2016 г.	0	0	0	0	0	0	0	0	0
		2017 г.	0	0	0	0	0	0	0	0	0
		I квартал 2018 г.	0	0	0	0	0	0	0	0	0
2	Суды города Астаны	2016 г.	3	3	0	3	2	1	0	0	0
		2017 г.	2	2	0	2	2	0	0	0	0
		I квартал 2018 г.	1	0	0	0	0	0	0	0	0
3	Актюбинская область	2016 г.	0	0	0	0	0	0	0	0	0
		2017 г.	0	0	0	0	0	0	0	0	0
		I квартал 2018 г.	0	0	0	0	0	0	0	0	0

1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12
4	Сулы города Алматы	2016 г.	558	434	1	420	271	20	1	10	2
		2017 г.	1158	887	3	844	801	40	3	32	5
		1 квартал 2018 г.	339	242	5	209	203	11	0	26	1
5	Алматинская область	2016 г.	3	2	0	2	2	0	0	0	0
		2017 г.	13	10	0	10	10	0	0	0	0
		1 квартал 2018 г.	7	7	0	7	7	0	0	0	0
6	Атырауская область	2016 г.	0	0	0	0	0	0	0	0	0
		2017 г.	2	1	0	1	1	0	0	0	0
		1 квартал 2018 г.	0	0	0	0	0	0	0	0	0
7	ВКО	2016 г.	0	0	0	0	0	0	0	0	0
		2017 г.	0	0	0	0	0	0	0	0	0
		1 квартал 2018 г.	0	0	0	0	0	0	0	0	0
8	Жамбылская область	2016 г.	0	0	0	0	0	0	0	0	0
		2017 г.	1	0	0	0	0	0	0	0	0
		1 квартал 2018 г.	0	0	0	0	0	0	0	0	0
9	ЗКО	2016 г.	6	3	0	0	0	0	3	0	0
		2017 г.	44	43	0	39	26	13	3	0	0
		1 квартал 2018 г.	12	10	0	8	7	1	1	1	0

1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12
10	Карагандинская область	2016 г.	24	13	0	10	3	7	1	2	0
		2017 г.	41	37	0	29	14	15	0	7	1
		1 квартал 2018 г.	21	15	0	11	6	5	0	4	0
11	Костанайская область	2016 г.	0	0	0	0	0	0	0	0	0
		2017 г.	0	0	0	0	0	0	0	0	0
		1 квартал 2018 г.	0	0	0	0	0	0	0	0	0
12	Кызылординская область	2016 г.	0	0	0	0	0	0	0	0	0
		2017 г.	0	0	0	0	0	0	0	0	0
		1 квартал 2018 г.	0	0	0	0	0	0	0	0	0
13	Мангистауская область	2016 г.	0	0	0	0	0	0	0	0	0
		2017 г.	0	0	0	0	0	0	0	0	0
		1 квартал 2018 г.	0	0	0	0	0	0	0	0	0
14	Павлодарская область	2016 г.	1	1	0	1	0	1	0	0	0
		2017 г.	1	1	0	1	0	1	0	0	0
		1 квартал 2018 г.	0	0	0	0	0	0	0	0	0
15	СКО	2016 г.	10	8	0	7	5	2	0	0	1
		2017 г.	12	10	0	8	4	4	0	1	1
		1 квартал 2018 г.	2	0	0	0	0	0	0	0	0

1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12
16	ЮКО	2016 г.	0	0	0	0	0	0	0	0	0
		2017 г.	0	0	0	0	0	0	0	0	0
		1 квартал 2018 г.	0	0	0	0	0	0	0	0	0
17	Военный Суд Республики Казахстан	2016 г.	0	0	0	0	0	0	0	0	0
		2017 г.	0	0	0	0	0	0	0	0	0
		1 квартал 2018 г.	0	0	0	0	0	0	0	0	0
	ИТОГО:	2016 г.	605	464	1	443	283	31	5	12	3
		2017 г.	1274	991	3	934	858	73	7	40	7
		1 квартал 2018 г.	383	274	5	235	223	17	1	31	1

*Результаты рассмотрения дел об исполнении
арбитражных решений за 2016, 2017 и I квартал 2018 года*

№	Суды	Период	Поступило заявлений	Всего окончено	Рассмотрено с вынесением решения	Рассмотрено с вынесением определения	Удовлетворено	Отказано	С прекращением производства по делу	С оставлением заявления без рассмотрения	Дело направлено по подсудности	
1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	
1	Акмолинская область	2016 г.	0	0	0		0	0	0	0	0	
		2017 г.	18	14	0	14	11	3	0	0	0	0
		I квартал 2018 г.	8	8	0	8	6	2	0	0	0	0
2	Суды города Астаны	2016 г.	12	9	0	9	9	0	0	0	0	
		2017 г.	175	151	0	151	130	21	0	0	0	0
		I квартал 2018 г.	88	57	0	57	54	3	0	0	0	0
3	Актюбинская область	2016 г.	1	1	0	1	1	0	0	0	0	
		2017 г.	10	7	0	7	7	0	0	0	0	0
		I квартал 2018 г.	11	10	0	10	8	2	0	0	0	0

1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12
4	Суды города Алматы	2016 г.	6656	6096	0	6095	6005	90	0	1	0
		2017 г.	5341	5154	0	5151	5116	25	0	3	0
		1 квартал 2018 г.	779	552	0	552	539	12	0	0	0
5	Алматинская область	2016 г.	3	3	0	3	3	0	0	0	0
		2017 г.	7	5	0	5	5	0	0	0	0
		1 квартал 2018 г.	2	2	0	2	2	0	0	0	0
6	Атырауская область	2016 г.	0	0	0	0	0	0	0	0	0
		2017 г.	16	15	0	15	15	0	0	0	0
		1 квартал 2018 г.	387	364	0	342	342	0	0	22	0
7	ВКО	2016 г.	7	6	0	6	5	1	0	0	0
		2017 г.	19	16	0	15	15	0	0	0	1
		1 квартал 2018 г.	13	8	0	7	7	0	0	1	0
8	Жамбылская область	2016 г.	10	9	0	9	7	2	0	0	0
		2017 г.	3	2	0	2	2	0	0	0	0
		1 квартал 2018 г.	15	8	0	8	6	2	0	0	0
9	ЗКО	2016 г.	0	0	0	0	0	0	0	0	0
		2017 г.	3244	3187	0	3181	2868	313	0	6	0
		1 квартал 2018 г.	111	104	0	104	69	35	0	0	0

1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12
10	Карагандинская область	2016 г.	574	545	0	541	528	13	0	4	0
		2017 г.	1907	1796	0	1699	1616	83	0	97	0
		1 квартал 2018 г.	675	525	0	521	514	7	0	4	0
11	Костанайская область	2016 г.	2	2	0	2	2	0	0	0	0
		2017 г.	132	124	0	120	116	4	0	4	0
		1 квартал 2018 г.	14	4	0	4	4	0	0	0	0
12	Кызылординская область	2016 г.	1	1	0	1	1	0	0	0	0
		2017 г.	29	24	0	24	0	24	0	0	0
		1 квартал 2018 г.	7	6	0	6	4	4	2	0	0
13	Мангистауская область	2016 г.	3	3	0	3	3	0	0	0	0
		2017 г.	95	87	0	84	80	4	0	2	1
		1 квартал 2018 г.	227	78	0	77	77	0	0	1	0
14	Павлодарская область	2016 г.	4	3	0	3	3	0	0	0	0
		2017 г.	35	32	0	32	29	3	0	0	0
		1 квартал 2018 г.	4	3	0	3	2	2	1	0	0
15	СКО	2016 г.	32	27	0	27	23	4	0	0	1
		2017 г.	566	506	0	495	487	8	0	11	0
		1 квартал 2018 г.	661	568	0	562	556	6	0	6	0

1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12
16	ЮКО	2016 г.	1	1	0	1	1	0	0	0	0
		2017 г.	2	2	0	2	1	1	0	0	0
		1 квартал 2018 г.	12	6	0	6	6	0	0	0	0
17	Военный Суд Республики Казахстан	2016 г.	0	0	0	0	0	0	0	0	0
		2017 г.	0	0	0	0	0	0	0	0	0
		1 квартал 2018 г.	0	0	0	0	0	0	0	0	0
	ИТОГО:	2016 г.	7306	6706	0	6701	6591	110	0	5	0
		2017 г.	11600	11123	0	10998	10499	489	0	123	2
		1 квартал 2018 г.	3014	2303	0	2269	2196	72	0	34	0

Статистические данные о количестве и качестве рассмотрения дел указанных категорий сформированы на основе данных ЕАИАС и АИС ТӨРЕЛІК.

По ходатайствам об отмене арбитражных решений в обобщаемый период всего окончено 1 729 дел, из них с вынесением определения – 1 612, в том числе с удовлетворением заявления – 1 364, с отказом в удовлетворении заявления – 121; прекращено – 13, оставлено без рассмотрения – 83 дела.

В 2016 году число оконченных дел данной категории составило 464, из них с вынесением определения – 443 дела, или 95,4%, в том числе с удовлетворением заявления – 283, с отказом в удовлетворении – 31, с прекращением производства по делу – 5, с оставлением заявления без рассмотрения – 12 дел.

В 2017 году число оконченных дел составило – 991, из которых с вынесением определения – 934 или 94,2%, в том числе с удовлетворением заявления – 858, с отказом в удовлетворении – 73, с прекращением производства по делу – 7, с оставлением заявления без рассмотрения – 40 дел.

В первом квартале 2018 года число оконченных дел составило 274, из них с вынесением определения – 235 или 69,8%, в том числе с удовлетворением заявления – 223, с отказом в удовлетворении – 17, с прекращением производства по делу – 1, с оставлением заявления без рассмотрения – 31 дело.

Из приведенных статистических данных следует, что наибольшее количество дел указанной категории в рассматриваемый период окончено районными и приравненными к ним судами города Алматы (1 563), а также Карагандинской (65), Западно-Казахстанской (56) областей.

По заявлениям о признании и исполнении арбитражных решений в обобщаемый период окончено всего 20 132 дела, из них с вынесением определения – 19 968, в том числе с удовлетворением заявления – 19 286, с отказом в удовлетворении заявления – 671; прекращено – 0, оставлено без рассмотрения – 162 дела.

В 2016 году число оконченных дел составило 6 706, из которых с вынесением определения – 6 701 или 99,9%, в том числе с удовлетворением заявления – 6 591, с отказом

в удовлетворении – 110, с прекращением производства по делу – 0, с оставлением заявления без рассмотрения – 5 дел.

В 2017 году число окончанных дел составило 11 123, из них с вынесением определения – 10 998 дел, или 98,8%, в том числе с удовлетворением заявления – 10 499, с отказом в удовлетворении – 489, с прекращением производства по делу – 0, с оставлением заявления без рассмотрения – 123 дела.

В первом квартале 2018 года число окончанных дел составило 2 303, из них с вынесением определения – 2 269 или 98,5%, в том числе с удовлетворением заявления – 2 196, с отказом в удовлетворении – 72, с прекращением производства по делу – 0, с оставлением заявления без рассмотрения – 34 дела.

Из приведенных статистических данных следует, что наибольшее количество дел указанной категории в данный период окончено районными и приравненными к ним судами города Алматы (11 802), а также Западно-Казахстанской (3 291), Карагандинской (2 866) областей.

Таким образом, показатели поступления заявлений по обобщаемой категории в течение двух лет и трех месяцев увеличиваются.

В положениях международных договоров Республики Казахстан, нормах ГПК и Закона «Об арбитраже» содержатся различия в процедурах признания и исполнения решений иностранных арбитражей, иностранных судов и арбитражей, созданных по законодательству Республики Казахстан.

При этом в системах ЕАИС и АИС ТӨРЕЛІК учет сведений о рассмотрении материалов *о признании и исполнении* указанных решений ведется в единой строке: *«о выдаче исполнительного листа по решениям арбитража»*.

В свою очередь, это не обеспечивает возможность проведения раздельного анализа данных материалов и достоверность статистических сведений. В этой связи имеется необходимость внесения изменений в систему статистического учета АИС ТӨРЕЛІК с раздельным отражением сведений о признании и исполнении решений иностранных арбитражей, внутренних арбитражей и иностранных судов.

Судебный порядок признания и приведения в исполнение арбитражных решений, а также рассмотрения вопросов их оспаривания являются одними из форм взаимодействия государственных судов с арбитражами. В доктрине выделяется несколько направлений такого взаимодействия: определение судом компетенции арбитража и участие в формировании его состава; рассмотрение вопроса действительности арбитражных соглашений; признание и исполнение арбитражных решений; рассмотрение вопроса об отмене решения арбитража.

Общепризнанным подходом теории и современной международной практики является следование важным принципам права в области арбитража: автономности арбитражного соглашения; независимости арбитража; недопустимости вмешательства в деятельность арбитража.

Указанные принципы предусмотрены статьей 5 Закона «Об арбитраже» и должны служить основой для разрешения вопросов, входящих в компетенцию государственных судов при взаимодействии с арбитражами.

По существу, признание и приведение в исполнение решения арбитража является формой выражения согласия государства на реализацию правоотношений, следующих из акта негосударственного органа правоприменения.

В части обобщаемой категории дел правом Республики Казахстан предусмотрены процедуры признания и исполнения решений национальных и иностранных арбитражей.

В целом общую правовую основу взаимодействия между судом и арбитражем составляет Гражданский процессуальный кодекс Республики Казахстан (ГПК), Закон Республики Казахстан «Об арбитраже», а также международные договоры Республики Казахстан.

Вопросы взаимодействия судов Республики Казахстан с третейскими судами и арбитражами ранее регулировались Законом «О третейских судах» и Законом «О международном коммерческом арбитраже». Указанные правовые акты утратили силу с принятием Закона Республики Казахстан от 8 апреля 2016 года «Об арбитраже» (далее – Закон «Об арбитраже», Закон).

Арбитраж является альтернативной формой защиты

гражданского права, используемой наряду с судебным порядком (часть 1 статьи 6 ГК).

В свою очередь, арбитраж и третейские суды, являясь однородными институтами, не входят в систему правосудия. В связи с этим следует иметь в виду, что передача спора по соглашению в арбитраж является формой реализации принципов диспозитивности, свободы договора, а также означает принятие сторонами юридических рисков соглашения и во многом результата арбитражного разбирательства.

Согласно нормам международного права и национально-го законодательства, арбитраж может осуществлять деятельность в форме постоянно действующего органа либо будучи созданным сторонами для разрешения отдельного спора. Различаются арбитражи «внутренние», созданные и действующие на основании Закона Республики Казахстан «Об арбитраже», а также иностранные, статус которых, как правило, определяется правом страны по месту создания арбитража.

С принятием Закона Республики Казахстан «Об арбитраже» в национальном праве был преодолен дуализм и разделение арбитражей и третейских судов.

Обобщение показало, что в судебной практике часто имеет место ошибочное смешение понятий арбитража и арбитражного суда.

Следует отметить, что *арбитражные суды* в соответствии со статьей 1 Федерального конституционного закона от 28 апреля 1995 года №1-ФКЗ «Об арбитражных судах в Российской Федерации» являются федеральными судами и входят в судебную систему Российской Федерации. В свою очередь, *арбитражи, третейские суды не входят в систему государственных судов.*

В этой связи по вопросам признания и исполнения решений арбитражных судов, являющихся иностранными государственными судами, положения Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений применению не подлежат.

Правовую основу арбитражного разбирательства в Республике Казахстан составляет ГПК, Закон «Об арбитра-

же», международные договоры и арбитражные регламенты.

Из преамбулы и пункта 2 статьи 4 Закона «Об арбитраже» следует, что данный правовой акт регулирует деятельность постоянных арбитражей, образованных в соответствии с законодательством Республики Казахстан, так и созданных сторонами для разрешения конкретного спора (ad hoc).

Вопросы исполнения решений национальных арбитражей, а также отмены их решений регулируются в ГПК Главой 20 «Исполнение арбитражного решения» (статьи 253-255) и Главой 56 «Производство по ходатайству об отмене арбитражных решений» (статьи 464-465), соответственно.

При этом основой для международно-правового взаимодействия государственных судов с иностранными арбитражами служат: *Нью-Йоркская конвенция; Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже (Женева, 1961 года); Вашингтонская конвенция 1965 года о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами; Соглашение о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности (Киев, 20 марта 1992 года).*

Положения Нью-Йоркской конвенции применяются по вопросам признания и приведения в исполнение решений иностранных арбитражей, а также решений арбитражей, которые не считаются «внутренними» для государства, где испрашивается признание и приведение в исполнение.

Нью-Йоркская конвенция также не предусматривает положений по вопросам приостановления или отмены иностранных арбитражных решений.

Данная Конвенция также не содержит самого определения арбитражного решения. В международной практике выработаны критерии арбитражного решения. Считается, что арбитражное решение определяется не столько названием акта, сколько его соответствием таким условиям, как: 1) вынесение решения арбитрами; 2) окончательный характер разрешения требований; 3) обязательная сила решения.

При соблюдении указанных условий в качестве подлежащего признанию и исполнению арбитражного решения может быть признано предварительное или частичное решение арбитража, а также определение или иной другой акт арбитража, имеющий своим предметом утверждение условий соглашения сторон об урегулировании спора.

Нью-Йоркская конвенция не содержит определения «внутреннего» арбитражного решения, что дает право государствам-участникам Конвенции самим определять критерии решения, вынесенного национальным арбитражем.

Следует отметить, что в международной практике к категории «внутренних» арбитражных решений принято относить даже решения, которые в разумной степени связаны с иностранным государством (например, спор местных компаний, подчиненный иностранному праву; спор между двумя резидентами страны, разрешенный иностранным арбитражем, и т.д.).

Положения Нью-Йоркской конвенции не применяются в отношении решений, вынесенных судами иностранных государств. В равной степени Конвенция не применяется к решениям арбитражей, созданных или образованных на территории страны, где испрашивается признание и приведение в исполнение (решений национальных арбитражей).

Положения пунктов 1, 3 статьи 1 Нью-Йоркской конвенции допускают применимость данной конвенции в отношении иностранных арбитражных решений, вынесенным в любом иностранном государстве независимо от того, является ли оно договаривающимся государством или нет. Исключения могут составлять случаи, когда государство, где испрашивается признание и приведение в исполнение таких решений, сделало оговорку о взаимности на основании пункта 3 статьи 1 Конвенции.

Ошибочное применение норм права по решению иностранного арбитража имело место в следующем случае. Определением СМЭС г. Алматы от 15 сентября 2016 года удовлетворено заявление Концерн «С» (Украина) о признании и принудительном исполнении решения Междуна-

родного коммерческого арбитражного суда при ТПП Украины.

По данному делу решением арбитража от 28 апреля 2016 года удовлетворен иск Концерн «С» (Украина) к ТОО «Ц» о взыскании суммы 270 106 долларов США.

Рассматривая заявление взыскателя о признании и приведении в исполнение решения иностранного арбитража, суд руководствовался нормами части 1 статьи 253 ГПК и статьи 55 Закона Республики Казахстан «Об арбитраже», предусматривающими право стороны на обращение в суд с заявлением о выдаче исполнительного листа.

Следует отметить, что хотя в статье 504 ГПК (Глава 53 «Производство по делам с участием юридических лиц») закреплено, что отказ в выдаче и выдача исполнительного листа осуществляются по правилам, предусмотренным главой 20 настоящего Кодекса, целый ряд положений статьи 253 ГПК (Глава 20 «Исполнение арбитражного решения») не соответствует нормам статьи 5 Нью-Йоркской конвенции. Например, речь идет о различиях норм о применимом праве и особенно о некоторых основаниях для отказа в признании и исполнении арбитражных решений.

Соответственно, учитывая приоритет международного договора, можно рекомендовать судам в рассмотрении заявлений о признании и исполнении иностранных арбитражных решений руководствоваться, прежде всего, нормами Нью-Йоркской конвенции и применять правила Главы 20 ГПК лишь в той части, в которой они не противоречат Конвенции.

Учитывая изложенное, можно полагать, что положения статьи 253 ГПК применимы преимущественно к вопросам исполнения решений арбитражей, созданных по законодательству Республики Казахстан (внутренних, национальных арбитражей).

Пунктом 1 статьи 1 Нью-Йоркской конвенции прямо предусмотрено, что данная Конвенция применяется в отношении признания и приведения в исполнение арбитражных решений, вынесенных на территории государства иного, чем то государство, где испрашивается признание и исполнение.

Вместе с тем статьи 501-504 ГПК регулируют процедуру признания и исполнения решений как иностранных арбитражей, так и иностранных государственных судов.

Кроме этого, в приведенном выше примере суд также не обратил внимания на требования статьи 4 Нью-Йоркской конвенции и части 2 статьи 503 ГПК о необходимости приложения к заявлению о признании и приведении в исполнение решения арбитража подлинников или надлежаще заверенных копий решения арбитража и арбитражного соглашения. Суд удовлетворил заявление взыскателя на основании копий указанных документов, заверенных самим заявителем (печатью концерна «СоюзЭнерго»).

Ранее согласно пункту 3 Рекомендаций круглого стола «Некоторые вопросы применения Закона Республики Казахстан «Об арбитраже», проведенного Верховным Судом Республики Казахстан 30 июня 2017 года (далее – Рекомендации круглого стола от 30 июня 2017 года), указывалось, что *«несоблюдение требований к форме удостоверения документов, подлежащих приобщению к заявлению о принудительном исполнении арбитражного решения, представляемых в копиях, должно оцениваться судьей как неприобщение документов и такое заявление подлежит возвращению со стадии принятия».*

Нью-Йоркская конвенция не предусматривает положений о последствиях ненадлежащего оформления заявления. Вместе с тем рассмотрение заявления, не содержащего в приложениях подлинников или должным образом удостоверенных копий, не позволяет установить достоверность излагаемых заявителем обстоятельств. Ввиду этого на основании части 4 статьи 503 ГПК суд может вернуть такое заявление без рассмотрения.

Решения иностранных судов, под которыми понимаются суды иностранных государств, согласно части 1 статьи 501 ГПК, признаются и приводятся в исполнение в Республике Казахстан, если это предусмотрено законодательством или международным договором, ратифицированным Республикой Казахстан, либо на принципах взаимности.

К числу таких международных договоров, составляющих основу для признания и исполнения судебных актов

иностранных судов, относятся такие многосторонние международные договоры, как *Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам* (Минск, 22 января 1993 г.), *Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам* (Кишинев, 7 октября 2002 года). Кроме того, признание и исполнение решения иностранного суда на территории Республики Казахстан может быть предусмотрено двусторонним международным договором о правовом сотрудничестве.

В силу вышеизложенного указанные конвенции не подлежат применению по вопросам признания и исполнения арбитражных решений.

Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже также распространяется на споры между сторонами, имеющими местонахождение в различных договаривающихся государствах (подпункт а) пункта 1 статьи 1). Данная конвенция содержит целый ряд важных положений, регулирующих вопросы международного арбитража и арбитражного процесса, такие как: назначение арбитров, подсудность спора арбитражу и государственному суду (статьи 5, 6), применимое право (статья 7), последствия недействительности арбитражного решения (статья 9) и другие.

Стоит обратить внимание на следующие важные положения Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже.

Если стороны, заключившие арбитражное соглашение, не назначили арбитра или арбитражный орган, либо не определили местонахождение арбитража, правила процедуры, истец может обратиться с просьбой о решении данных вопросов в компетентную торговую палату по согласованному месту арбитража или страны ответчика (статья 4).

Статьями 5, 6 Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже закреплены положения о крайнем сроке для заявления стороной возражений о неподсудности спора арбитражу или государственному суду, об отсутствии или недействительности арбитражного соглашения или утраты его силы, превышении полномочий арбитра. Предусмотрено важное правило об утрате стороной права на воз-

ражение, которое не было заявлено в установленные Конвенцией сроки.

Аналогичное положение содержится в статье 6 Закона «Об арбитраже». Сторона, которая знает о том, что какое-либо положение настоящего Закона или какое-либо требование арбитражного соглашения не было соблюдено, и тем не менее продолжает участвовать в арбитражном разбирательстве, не заявив возражений против такого несоблюдения в течение срока, определенного регламентом арбитража для этой цели, считается отказавшейся от своего права на возражение.

Следует отдельно остановиться на вопросе о введении в действие Закона «Об арбитраже». С принятием данного закона утратили силу Закон Республики Казахстан «О третейских судах», а также Закон Республики Казахстан «О международном арбитраже».

В соответствии со статьей 58 Закона «Об арбитраже» ранее созданные и действовавшие в Казахстане международные арбитражи и третейские суды обязаны в течение двух лет внести изменения в свои положения, уставы или регламенты в соответствии с положением нового закона. С принятием нового закона процедура исполнения, а также судебного пересмотра решений третейских судов и международных арбитражей, созданных и действовавших в Республике Казахстан, стала единой.

В этой связи отказ в исполнении решений, вынесенных третейскими судами, лишь по основанию несоответствия наименования понятию арбитража по новому Закону не отвечает требованиям действующего Закона. Примеры приводятся ниже.

Положения Закона «Об арбитраже» применяются к арбитражам, созданным в Республике Казахстан. Это следует из пункта 1 статьи 4 Закона. Следовательно, при рассмотрении заявлений о признании и принудительном исполнении иностранных арбитражных решений, суды не вправе руководствоваться нормами Закона «Об арбитраже».

Равным образом по вопросам признания и исполнения иностранных арбитражных решений не применяются нормы ГПК, содержащиеся в Главе 20 «Исполнение архи-

тразного решения» и Главе 56 ГПК «Производство по ходатайству об отмене арбитражных решений».

Согласно пункту 1 статьи 9 Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже отмена иностранного арбитражного решения может быть произведена в государстве, в котором или по закону которого это решение было вынесено. Это значит, что суды Республики Казахстан не могут рассматривать ходатайства об оспаривании (отмене) решений иностранных арбитражей.

Как указано выше, вопросы признания и исполнения решений иностранных арбитражей регламентируются Нью-Йоркской конвенцией 1958 года, а также нормами Главы 57 ГПК «Производство по делам с участием иностранных лиц».

Процедуры принудительного исполнения решений казахстанских арбитражей и иностранных арбитражей имеют общие сходства, но и вместе с тем целый ряд отличий.

В соответствии с пунктом 3 Закона «Об арбитраже» заявление о принудительном исполнении арбитражного решения подается в суд в соответствии с гражданским процессуальным законодательством Республики Казахстан.

Заявление о принудительном исполнении арбитражного решения, не исполненного в установленный в нем срок, может быть подано стороной арбитражного разбирательства, в пользу которой вынесено арбитражное решение (взыскатель), в суд по месту рассмотрения спора арбитражем либо по месту жительства должника или по месту нахождения органа юридического лица, если место жительства или место нахождения неизвестно, то по месту нахождения имущества должника (часть 1 статьи 253 ГПК).

Аналогичное положение предусмотрено частью 1 статьи 503 ГПК в отношении заявлений о признании и исполнении решений иностранных арбитражей.

Следует отметить, что подсудность таких заявлений суды определяют в основном правильно, основываясь на положениях статьи 26, 27 ГПК, разграничивающих рассмотрение гражданских дел между районными (городскими) судами и специализированными межрайонными экономическими судами.

Действует также общее правило о сроках обращения с заявлениями об исполнении решений арбитражей, независимо от территориального статуса, в пределах трех лет со дня окончания срока для добровольного исполнения (часть 3 статьи 253, часть 3 статьи 503 ГПК).

К заявлению о выдаче исполнительного листа на решение арбитража должны быть приложены:

1) подлинник или копия арбитражного решения, заверенная руководителем арбитража либо нотариусом;

2) подлинник или нотариально заверенная копия арбитражного соглашения, заключенного в установленном законом порядке.

Сходное положение предусмотрено пунктом 1 статьи 4 Нью-Йоркской конвенции. Вместе с тем, если решение иностранного арбитража или арбитражное соглашение изложены не на официальном языке той страны, где испрашивается признание и приведение в исполнение этого решения, сторона, которая просит о признании и приведении в исполнение этого решения, представляет перевод этих документов на такой язык. Перевод заверяется официальным или присяжным переводчиком, или дипломатическим, или консульским учреждением.

Основания для отказа в признании и (или) приведении в исполнение арбитражного решения предусмотрены статьями 255 ГПК и статьей 57 Закона «Об арбитраже». В отношении иностранных арбитражных решений такие основания содержатся в статье 5 Нью-Йоркской конвенции.

Данные основания можно разделить на две группы: 1) подлежащие доказыванию стороной, против которой вынесено решение и 2) применяемые судом по собственной инициативе (*ex officio*).

В отношении иностранных арбитражных решений пунктом 1 статьи 5 Нью-Йоркской конвенции предусмотрена возможность отказа в признании и приведении в исполнение по просьбе стороны, если она представит суду доказательства того, что:

а) стороны арбитражного соглашения 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

б) сторона, против которой вынесено решение, не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве, или по другим причинам не могла представить свои объяснения, или

с) указанное решение вынесено по спору, не предусмотренному или не подпадающему под условия арбитражного соглашения или арбитражной оговорки в договоре, или содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения или арбитражной оговорки в договоре, с тем, однако, что если постановления по вопросам, охватываемым арбитражным соглашением или оговоркой, могут быть отделены от тех, которые не охватываются таким соглашением или оговоркой, то та часть арбитражного решения, которая содержит постановления по вопросам, охватываемым арбитражным соглашением или арбитражной оговоркой в договоре, может быть признана и приведена в исполнение, 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, или

е) решение еще не стало окончательным для сторон или было отменено или приостановлено исполнением компетентной властью страны, где оно было вынесено, или страны, закон которой применяется.

Применительно к решениям национальных арбитражей частью 1 статьи 255 ГПК и пунктом 1 статьи 57 Закона «Об арбитраже» предусмотрены следующие основания отказа в выдаче исполнительного листа, подлежащие доказыванию стороной, против которой вынесено решение:

арбитражное соглашение недействительно по законам государства, которым стороны его подчинили, а при отсутствии такого указания – по законам Республики Казахстан;

арбитражное решение вынесено по спору, не предусмотренному арбитражным соглашением или не подпадающему

под его условия, либо содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения, а также вследствие неподведомственности спора арбитражу;

одна из сторон арбитражного соглашения была признана судом недееспособной либо ограниченно дееспособной;

сторона, против которой вынесено решение, не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве, или по другим причинам, признанным судом уважительными, не могла представить арбитражу свои объяснения;

имеется вступившее в законную силу, вынесенное по спору между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основаниям решение суда или арбитражное решение либо определение суда или арбитража о прекращении производства по делу в связи с отказом истца от иска;

вынесение арбитражного решения стало возможным в результате совершения уголовного правонарушения, установленного вступившим в законную силу приговором суда;

состав арбитража или арбитражная процедура разбирательства не соответствовали требованиям закона;

решение еще не стало обязательным для сторон или было отменено, или его исполнение было приостановлено судом страны, в соответствии с законом которой оно было вынесено.

Во всех вышеуказанных случаях суд освобожден от обязанности сбора доказательств и при непредставлении таковых стороной, против которой принято арбитражное решение, соответствующее решение может быть признано и выдан исполнительный лист.

Вместе с тем в судебной практике имеют место случаи, когда суды отказывают в признании и исполнении третейских, арбитражных решений по основаниям, подлежащим доказыванию стороной, даже при непредставлении доказательств, предусмотренных пунктом 1 статьи 5 Нью-Йоркской конвенции и частью 1 статьи 255 ГПК. *В таких случаях отказ в признании и исполнении третейского, арбитражного решения нарушает важные принципы законности и обоснованности судебных актов.*

Суды при рассмотрении заявлений о выдаче исполнительного листа по арбитражным решениям нередко требуют по собственной инициативе дела из арбитражей, что действующим законодательством также не предусмотрено.

По собственной инициативе суд может отказать в выдаче исполнительного листа лишь в случаях, если признание и исполнение третейского, арбитражного решения противоречит публичному порядку или при вынесении решения по неарбитрабельному спору (пункт 2 статьи 5 Нью-Йоркской конвенции, часть 2 статьи 255 ГПК).

Отмена арбитражного решения. Решение арбитража может быть оспорено стороной и отменено в ограниченных случаях. Как указано выше, судами Республики Казахстан могут быть отменены только решения национальных арбитражей.

Положения о порядке рассмотрения ходатайства об отмене арбитражного решения и основания отмены предусмотрены статьями 464, 465 ГПК и статьями 52, 53 Закона «Об арбитраже».

Законом установлен предельный срок для подачи ходатайства об отмене арбитражного решения, который равен одному месяцу со дня получения арбитражного решения (часть 1 статьи 464 ГПК, пункт 2 статьи 53 Закона «Об арбитраже»). В случае пропуска данного срока и отсутствия основания для его восстановления судья возвращает ходатайство. *В целях предупреждения злоупотреблений правом оспаривания арбитражного решения судам следует исключать расширительный и формальный подход к срокам обращения с ходатайством об отмене арбитражных решений.*

Основания для отмены арбитражного решения, предусмотренные пунктом 1 статьи 52 Закона «Об арбитраже», должны быть доказаны заявляющей ходатайство стороной.

Исключение составляют основания для отмены арбитражного решения, предусмотренные пунктом 2 статьи 52 Закона «Об арбитраже», которые подлежат установлению судом по собственной инициативе (нарушение публичного порядка, вынесение арбитражного решения по спору, кото-

рый не может являться предметом арбитражного разбирательства по законодательству Республики Казахстан).

Примеры судебной практики по рассмотрению заявлений о признании и исполнении арбитражных решений.

Суд при рассмотрении заявления о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение арбитражного решения не вправе пересматривать арбитражное решение по существу. По результатам рассмотрения заявления судом выносится определение о выдаче исполнительного листа либо об отказе в его выдаче.

АО «Ц» обратилось в Сарыаркинский районный суд города Астаны с заявлением о выдаче исполнительного листа по решению постоянно действующего арбитража «Большое жюри Казахстана». Заявление основано на решении арбитража от 25 сентября 2017 года, которым удовлетворен иск банка к Ж. о передаче в заклад залогового имущества (легкового автомобиля) по договору залога и банковского займа.

Определением суда от 24 ноября 2017 года заявление о выдаче исполнительного листа было удовлетворено. Вместе с тем суд в своем определении указал: обязать Ж. передать в заклад автомобиль марки Lada 21703, взыскать в пользу заявителя возмещение расходов по оплате арбитражного сбора – 21 860 тенге и сумму регистрационного сбора – 63 532 тенге.

В данном случае в резолютивной части определения суд обязал ответчика совершить действия, указанные в резолютивной части арбитражного решения. Тем самым есть основание полагать, что суд вышел за пределы своей компетенции, предусмотренной законом.

Аналогичные случаи допущены Сарыркинским судом города Астаны по заявлениям АО «Ц» о выдаче исполнительного листа на арбитражное решение по искам к Н. (определение от 27 октября 2017 года), А. (определение от 19 февраля 2018 года).

Определением районного суда №2 Алмалинского района города Алматы от 22 мая 2017 года обоснованно удовлетворено заявление АО «А» о выдаче исполнительного листа на основании решения Международного арбитража «IUS» по иску к членам крестьянского хозяйства «А», «Б».

Вместе с тем в резолютивной части определения суд наряду с выдачей исполнительного листа указал о взыскании с ответчиков суммы задолженности в размере 44 674 688 тенге и обращении взыскания на различное залоговое имущество (земельные участки, строения). По сути, суд продублировал содержание арбитражного решения, не ограничившись изложенным в заявлении истца обращением.

К заявлению о выдаче исполнительного листа прилагаются:

1) подлинник или копия арбитражного решения. Копия решения постоянно действующего арбитража заверяется руководителем этого арбитража, копия арбитражного решения для разрешения конкретного спора должна быть нотариально удостоверенной;

2) подлинник или нотариально заверенная копия арбитражного соглашения, заключенного в установленном законом порядке.

В ходе обобщения выявлены многочисленные случаи обращения взыскателей с заявлением об исполнении арбитражных решений в электронной форме. В этом случае к заявлениям прилагаются сканированные копии арбитражных решений и соглашений.

Рассмотрение заявлений в такой форме без исследования подлинников или надлежащим образом заверенных копий документов, требуемых по закону, не позволяет установить соблюдение требований статьи 253 ГПК.

В этой связи судам рекомендуется при рассмотрении заявлений взыскателей истребовать предусмотренные частью 2 статьи 253 ГПК и статьей 4 Нью-Йоркской конвенции подлинники или надлежаще заверенные копии арбитражного решения и договора о передаче спора на рассмотрение в арбитраж. При несоблюдении данных требований суды вправе на основании положения части 4 статьи 253 ГПК возвратить заявление без рассмотрения.

Определением Алматинского районного суда города Астаны от 3 июля 2017 года удовлетворено заявление ТОО «Л» о выдаче исполнительного листа по арбитражному решению по иску к Т. о взыскании 130 344 тенге. При изуче-

нии данного дела установлено, что к заявлению о выдаче исполнительного листа взыскателем не был приложен подлинник или нотариально заверенная копия арбитражного соглашения, что нарушает требования части 2 статьи 253 ГПК.

Обоснованным представляется определение Алматинского районного суда города Астаны от 11 июля 2017 года о возвращении заявления ТОО «Л» о выдаче исполнительного листа по арбитражному решению в отношении Ж.

Возврат заявления суд мотивировал непредоставлением заявителем подлинника или нотариально заверенной копии арбитражного соглашения.

Аналогичная позиция изложена в определениях Алматинского районного суда города Астаны по заявлению ТОО «Л» о выдаче исполнительного листа по арбитражному решению против Б., Ш.

Заявление Производственного общества с дополнительной ответственностью «Онега» (Беларусь) о признании и исполнении решения Международного арбитражного суда при БелТПП от 19 февраля 2016 года о взыскании с ТОО «Н» (Республика Казахстан) денежной суммы.

Разрешенный в арбитраже спор возник по договору поставки. К заявлению приложена копия арбитражного решения, заверенная председателем арбитража. Вместе с тем арбитражное соглашение приложено в форме копии договора поставки, заверенной арбитражем.

Полагаем, что такая форма прилагаемого документа не соответствует требованиям Нью-Йоркской конвенции, так как не дает возможности объективно удостовериться в волеизъявлении сторон.

Определением Специализированного межрайонного экономического суда (далее – СМЭС) города Алматы от 26 января 2018 года заявление удовлетворено. При этом суд в резолютивной части определения указал о выдаче исполнительного листа. Вопрос признания иностранного арбитражного решения оставлен без разрешения.

Определением СМЭС города Алматы 31 января 2018 года по заявлению ТОО «М» выдан исполнительный лист на решение арбитража по иску к ИП «N».

Как следует из материалов дела, решением арбитража удовлетворен иск о возврате стоимости неоказанных услуг по договору о рекламно-информационном обслуживании.

Суд в определении указал о выдаче исполнительного листа, взыскании с ответчика в пользу истца суммы предоплаты, представительских расходов и арбитражного сбора.

Вместе с тем заявителем не были предоставлены суду подлинники или надлежаще заверенные копии арбитражного решения и арбитражного соглашения.

Аналогично без подлинника или заверенной копии арбитражного соглашения рассмотрено заявление ТОО «Б» о выписке исполнительного листа по решению Арбитража города Алматы в отношении Т. (определение Алатауского районного суда города Алматы от 8 февраля 2018 года), А. (определение Алатауского районного суда города Алматы от 8 февраля 2018 года).

Такие же случаи допущены по заявлениям ТОО «Р» в отношении С., Б., Т. (определения Алатауского районного суда города Алматы от 10 августа 2017 года).

Следует отметить, что судам при рассмотрении заявлений о выдаче исполнительного листа по решению арбитража надлежит проверять:

соответствие заявления форме и содержанию согласно части 2 статьи 253 ГПК (предмет заявления, приложение необходимых документов);

обстоятельства, предусмотренные подпунктом 2) части 1 статьи 255 ГПК, которые подлежат установлению по инициативе суда;

соблюдение трехлетнего срока подачи заявления о признании и исполнении решения арбитража.

Последствия выявленных несоответствий могут быть разными. В первом случае, при несоблюдении требований к заявлению, суд может возвратить заявление без рассмотрения. Во втором случае, при выявлении противоречия исполнения арбитражного решения публичному порядку, а также неарбитрабельности спора, суд отказывает в выдаче исполнительного листа. Однако в обоих случаях обязанность проверки указанных сведений возлагается на суд.

Арбитражным соглашением является письменное соглашение о передаче на рассмотрение арбитража спора, который возник или может возникнуть из гражданско-правовых отношений.

Статьей 9 Закона «Об арбитраже» предусмотрены различные способы оформления арбитражного соглашения. Таковым может быть, прежде всего, отдельный документ (соглашение). Арбитражное соглашение в виде арбитражной оговорки может быть включено в текст основного договора.

Законом предусмотрена возможность оформления арбитражного соглашения путем обмена письмами, телеграммами, телефонограммами, факсами, электронными документами и другими письменными способами, позволяющими определить субъекты и содержание их волеизъявления.

Арбитражное соглашение признается заключенным также и в случае изложения волеизъявления сторон посредством обмена искомым заявлением и отзывом на иск, в которых одна из сторон утверждает о наличии соглашения, а другая против этого не возражает.

Таким образом, общим требованием, предъявляемым к арбитражному соглашению, является соблюдение письменной формы (на бумажном носителе либо в электронной форме).

Арбитражное соглашение подписывается сторонами либо может быть оформлено иным способом, который позволяет идентифицировать стороны и содержание их волеизъявления.

В качестве таких форм можно признать письма, сообщения, направленные посредством различных средств коммуникаций (электронной почтой, службами доставки электронных текстовых сообщений и т.д.). При наличии возможности идентификации сторон и их волеизъявления отсутствие подписи в соглашении может не являться достаточным основанием для отклонения заявления о выдаче исполнительного листа.

Арбитражное соглашение может быть заключено посредством обмена письмами по электронной почте с известных сторонам электронных почтовых адресов. Как правило,

электронные письма не содержат рукописной подписи отправителя.

Недействительность арбитражного соглашения по законам государства, которым стороны его подчинили, а при отсутствии такого указания – по законам Республики Казахстан, является одним из оснований для отказа в выдаче исполнительного листа (статья 255 ГПК).

Отказ в исполнении арбитражного решения или его отмена по основанию недействительности соглашения в международной практике считается редким явлением. Стабильность действия арбитражного соглашения обеспечивается принципом автономности, когда даже в случае недействительности основного договора арбитражное соглашение сохраняет действие. К числу оснований недействительности арбитражного соглашения относят очевидный дефект воли (понууждение, обман, ошибка), безусловное отсутствие полномочий представителя для заключения договора.

Кроме этого, основаниями для выводов о недействительности арбитражного соглашения могут являться: несоблюдение письменной формы арбитражного соглашения; несоответствие арбитражного соглашения нормам о действительности сделок; противоречие арбитражного соглашения намерениям сторон.

В судебной практике сложился неоднозначный подход по вопросу действительности арбитражных соглашений, определенных в формулярах или иных стандартных (типовых) формах.

Заявитель – ТОО «Д» обратился в Алматинский районный суд города Астаны с заявлением о выдаче исполнительного листа по решению Международного арбитража Западно-Казахстанской области по иску к С. В данном случае спор между сторонами возник по договору займа, заключенному 23 июля 2016 года. В условиях договора, подписанного сторонами в стандартной (типовой) форме, была предусмотрена арбитражная оговорка. Определением суда от 6 апреля 2018 года ходатайство заявителя удовлетворено.

Аналогично удовлетворены заявления ТОО «Д» по решению Международного арбитража Западно-Казахстанской области по искам к следующим лицам: С. (определение

Шемонаихинского районного суда Восточно-Казахстанской области от 26 января 2018 года, договор займа от 20 февраля 2017 года); Д. (определение Усть-Каменогорского городского суда Восточно-Казахстанской области от 9 августа 2018 года, договор от 1 августа 2016 года); И. (определение Семейского городского суда Восточно-Казахстанской области от 29 сентября 2017 года, договор от 17 июня 2016 года).

Аналогичные определения вынесены Макатским районным судом Атырауской области в отношении Отарбаева Е. (определение суда от 29 января 2018 года, договор займа 22 июля 2016 года); Кокшетауским городским судом Акмолинской области в отношении К. (определение суда от 16 января 2018 года).

Во всех указанных случаях судами не учтено следующее важное положение закона. *Арбитражное соглашение о разрешении спора по договору, условия которого определены одной из сторон в формулярах или иных стандартных формах и могли быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения к предложенному договору в целом (договор присоединения), действительно, если такое соглашение заключено после возникновения оснований для предъявления иска (пункт 4 статьи 8 Закона «Об арбитраже»).* Закон опубликован в газете «Казахстанская правда» 9 апреля 2016 г. №67 (28193) и вступил в силу 19 апреля 2016 года, по истечении 10 календарных дней.

Следовательно, в отсутствие отдельного арбитражного соглашения, заключенного позднее возникновения спора по договорам займа в типовой форме, указанные арбитражные оговорки на основании пункта 4 статьи 8 Закона являются недействительными.

В соответствии с положением подпункта 1) пункта 1 статьи 57 Закона «Об арбитраже» такое несоответствие служит основанием для отклонения заявления об исполнении арбитражного решения.

На практике может возникнуть вопрос о применимости требования, предусмотренного пунктом 4 статьи 8 Закона «Об арбитраже», к соглашениям, заключенным до принятия данного Закона. Учитывая общее положение об обратной

силе закона, предусмотренное подпунктом 5) пункта 3 статьи 77 Конституции, следует полагать, что требование об отдельном оформлении арбитражного соглашения по договорам, заключенным в типовой форме (формулярам, договорам присоединения) до введения в действие нового закона, применению не подлежит.

Нью-Йоркская конвенция применяется в отношении признания и приведения в исполнение решений иностранных арбитражей (пункт 1 статьи 1 Конвенции).

В судебной практике имеются случаи выдачи исполнительных листов по решениям иностранных арбитражей без разрешения вопроса об их признании.

Заявление ООО «Е» (РФ) о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения Арбитражного учреждения «Третейский суд строительных организаций» (Москва) по иску к ТОО «ЕК».

Решением арбитража 22 ноября 2016 года с ответчика в пользу истца взыскана сумма 37 104 200 тенге. Определением СМЭС города Астаны от 6 февраля 2017 года заявление заявителя удовлетворено, суд распорядился о выдаче исполнительного листа.

Рассматривая данное заявление, суд руководствовался положениями Нью-Йоркской конвенции. При рассмотрении заявления заявителя была допущена следующая неточность. Заявление ООО «Е» содержало лишь ходатайство о выдаче исполнительного листа. В то же время Нью-Йоркская конвенция предусматривает исполнение иностранных арбитражных решений при условии их признания.

Такой же принцип предусмотрен национальным законодательством в части 1 статьи 501 ГПК, где указано, что решения, постановления и определения, судебные приказы иностранных судов, а также арбитражные решения иностранных арбитражей признаются и приводятся в исполнение судами Республики Казахстан.

В этой связи в случае несоблюдения заявителями указанных положений применительно к решениям иностранных арбитражей для точного соблюдения процедуры, предусмотренной международным правом и национальным законо-

дательством, суду необходимо уточнить содержание заявления. В случае неустранения указанного недостатка в заявлении взыскателя, суд может возвратить материалы с указанием оснований. Однако возможно и другое решение. Удостоверившись в приложении всех необходимых документов к заявлению и отсутствии оснований для отказа в удовлетворении заявления по основаниям, предусмотренным статьи 5 Нью-Йоркской конвенции, суд вправе в резолютивной части определения указать о признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения.

Для отмены арбитражного решения судом сторона, заявляющая ходатайство, должна представить доказательства наличия основания, предусмотренного статьей 52 Закона «Об арбитраже».

Указанная норма закона не возлагает на суд обязанности по поиску и представлению доказательств, служащих основанием для отмены арбитражного решения. Суд также не обязан истребовать дело из арбитража.

В судебной практике сложился неверный подход по удовлетворению ходатайств ответчиков об отмене арбитражного решения, поданных без приложения доказательств наличия оснований к отмене.

Определением Есильского районного суда города Астаны от 12 октября 2017 года отменено арбитражное решение «Центрально-Казахстанский постоянный арбитраж» от 15 августа 2017 года, вынесенное по иску ТОО «Микрокредитная организация «Э» к А.

Ранее решением арбитража с ответчика взыскана задолженность в размере 877 198 тенге по договору займа и арбитражный сбор 8 772 тенге.

Заявление А. основано на доводах о несогласии с арбитражным решением ввиду временной недостаточности у должника средств. При этом к заявлению не был приложен документ об уплате государственной пошлины в размере 50% от оспариваемой суммы, предусмотренный подпунктом 9) пункта 1 статьи 535 Налогового Кодекса.

Определением Есильского районного суда города Астаны от 12 октября 2017 года арбитражное решение отменено ввиду несоблюдения требования об уведомлении стороны

об арбитражном разбирательстве и лишении возможности представить объяснения.

Определением судебной коллегии по гражданским делам суда города Астаны от 16 ноября 2017 года судебный акт первой инстанции отменен. Суд апелляционной инстанции пришел к выводу о необоснованности определения районного суда ввиду непредоставления заявителем доказательств, подтверждающих допущенные в арбитражном разбирательстве нарушения.

По сути, суд первой инстанции проигнорировал требование статьи 52 Закона «Об арбитраже» об обязанности доказывания ответчиком наличия оснований для отмены арбитражного решения и вышел за пределы доводов ходатайства. Кроме того, суд не учел отсутствие документа об оплате государственной пошлины, взимаемой с ходатайств об отмене решения арбитража.

Ходатайство М. об оспаривании арбитражного решения «Международный третейский суд» от 19 ноября 2012 года по иску ТОО «Б».

Заявитель в своем ходатайстве указал о том, что о данном решении ему стало известно после снятия с его банковского карточного счета денежных средств. Судебным исполнителем 30 ноября 2017 года заявителю (ответчику) была выдана копия исполнительного листа. Заявитель в своем ходатайстве об оспаривании арбитражного решения указал о несогласии с иском ввиду погашения долга.

Из приобщенных к делу копий материалов следует, что 31 января 2013 года определением Жамбылского районного суда Алматинской области был выдан исполнительный лист. Заявителем ходатайства какие-либо доказательства, подтверждающие его доводы, представлены не были. К ходатайству приложены лишь копии арбитражного решения и исполнительного листа.

Ходатайство рассмотрено в отсутствие сторон. В деле нет и извещения, направленного судом в адрес взыскателя. Определением Жамбылского районного суда Алматинской области от 25 декабря 2017 года арбитражное решение отменено.

Суд указал, что между АО «А» и М. был заключен дого-

вор банковского займа. По договору факторинга АО «А» передало право требования ТОО «Б». Судом установлено, что третейским судом данный спор рассмотрен на основании заявления М., в котором он дал согласие на разбирательство в третейском суде. При этом суд пришел к выводу о том, что ввиду отсутствия каких-либо изменений в договоре банковского займа о передаче спора в третейский суд, данный спор не мог быть предметом третейского разбирательства. Суд посчитал, что спор подлежит рассмотрению в соответствии с условиями договора банковского займа, заключенного между АО «А» и заемщиком.

При этом в деле не имеется каких-либо документов, подтверждающих указанные выше обстоятельства (договор займа, уступки права требования и др.).

Суд отказывает в признании и (или) приведении в исполнение арбитражного решения, если имеется вступившее в законную силу, вынесенное по спору между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основаниям решение суда или арбитражное решение, либо определение суда или арбитража о прекращении производства по делу в связи с отказом истца от иска (подпункт 1 пункта 1 статьи 57 Закона «Об арбитраже»).

Постановлением судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Республики Казахстан от 17 мая 2017 года отменены определение Бостандыкского районного суда города Алматы от 30 ноября 2016 года и определение апелляционной судебной коллегии по гражданским делам Алматинского городского суда от 2 февраля 2017 года об удовлетворении заявления ТОО «М» о выдаче исполнительного листа на заочное решение арбитража «Эділет» от 16 ноября 2016 года по иску к Б. об изъятии земельных участков.

Одним из оснований для отмены состоявшихся судебных актов и отказа в удовлетворении заявления ТОО «М» о выдаче исполнительного листа стал факт вынесения арбитражем решения об истребовании земельных участков у ответчика при наличии судебного решения по ранее рассмотренному делу между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основаниям. Кассационная инстанция уста-

новила, что ранее вступившим в силу решением Илийского районного суда Алматинской области от 11 мая 2016 года ТОО «М» было отказано в удовлетворении иска о расторжении договора и применении последствия расторжения в форме отмены регистрации прав ответчика на спорные земельные участки. Кроме того, кассационным судом установлено, что определением Медеуского районного суда города Алматы 3 марта 2017 года заочное решение арбитража было отменено.

Суд отказывает в признании и (или) приведении в исполнение арбитражного решения независимо от того, в какой стране оно было вынесено, если сторона, против которой было принято арбитражное решение, представит в суд доказательства того, что сторона, против которой вынесено решение, не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве, или по другим причинам, признанным судом уважительными, не могла представить арбитражу свои объяснения.

Заявление АО «Д» о признании и приведении в исполнение решения Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП Украины от 26 октября 2015 года по иску к ТОО «Т».

Решением арбитража с ответчика в пользу истца была взыскана сумма 27 125 долларов США. Ввиду уклонения ответчика от добровольного исполнения истец обратился в СМЭС Южно-Казахстанской области с заявлением о признании и принудительном исполнении арбитражного решения. В обоснование своего заявления истец приложил нотариально заверенную копию контракта на поставку продукции с арбитражной оговоркой, арбитражное решение, а также копии почтовых документов, подтверждающих направление в адрес ответчика искового заявления, сообщений об арбитражном разбирательстве с отметкой курьерской службы DHL о доставке по адресу ответчика, копии арбитражного решения.

Определением СМЭС Южно-Казахстанской области от 9 марта 2016 года заявление истца удовлетворено. Данное определение было обжаловано ответчиком в апелляционном порядке. В своей частной жалобе ответчик привел до-

воды о неполучении сообщений об арбитражном разбирательстве, неизвещении судом о рассмотрении заявления по вопросу исполнения арбитражного решения, несоответствии арбитражного решения условиям договоренности сторон о сроках оплаты.

Определением судебной коллегии по гражданским делам Южно-Казахстанского областного суда от 2 августа 2016 года судебный акт первой инстанции отменен с направлением дела на новое рассмотрение. Единственным основанием для отмены определения о признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения стал вывод апелляционного суда о ненадлежащем извещении судом ответчика о рассмотрении заявления истца.

По результатам нового рассмотрения определением СМЭС Южно-Казахстанской области от 21 сентября 2016 года отказано в удовлетворении заявления о признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения. В качестве оснований для отклонения заявления суд указал на рассмотрение спора арбитражем без извещения ответчика, а также отсутствие в решении иностранного арбитража указания на дополнительное соглашение сторон об оплате первой отгруженной партии товара после получения второй партии и несоответствие товара требуемому качеству.

Вместе с тем в данном случае было проигнорировано требование подпункта б) пункта 1 статьи 5 Нью-Йоркской конвенции о необходимости доказывания ответчиком нарушения требования о должном уведомлении об арбитражном разбирательстве. Ответчиком в этой части не было представлено ни одного доказательства.

В свою очередь истец, как указано выше, приложил к своему заявлению копии почтово-курьерских документов о направлении и вручении по адресу ответчика сообщений. Следует также отметить, что второй довод суда о необходимости учета дополнительных договоренностей сторон о сроках и порядке оплаты повлек пересмотр судом иностранного арбитражного решения по существу, что никак не соответствует положениям Нью-Йоркской конвенции.

Заявление ПАО «Р» о признании и исполнении решения Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП Украины.

Заявление поступило 15 апреля 2016 года в СМЭС Жамбылской области. Решением арбитража от 20 января 2015 года удовлетворен иск ПАО «Р» (Украина, Луганская область) к АО «Ж», взыскано 175 936,76 долларов США.

Спор связан с взысканием долга по договору поставки товара. Заявителем к ходатайству приложены все необходимые документы, а также доказательства, подтверждающие надлежащее извещение.

При рассмотрении данного заявления ответчиком суду был представлен отзыв, в котором он, ссылаясь одновременно на Минскую конвенцию 1993 года и Нью-Йоркскую конвенцию, признал получение искового заявления, однако указал о неполучении сообщения об арбитражном разбирательстве, навязывании арбитражного соглашения и несоответствии положения арбитражного регламента об окончательности и обязательности решения арбитража публичному порядку Республики Казахстан. Ответчиком также были приведены доводы о несогласии с арбитражным решением по существу ввиду отклонения его отзыва и невозможности осуществления оплаты подлежащих сумм из-за военных действий по местонахождению истца. В обоснование своих доводов ответчик представил лишь выписку из собственного журнала входящей корреспонденции.

Определением СМЭС Жамбылской области от 5 мая 2016 года в удовлетворении заявления о признании и исполнении арбитражного решения было отказано. В качестве основания суд применил пункт 1 статьи 5 Нью-Йоркской конвенции о неуведомлении стороны о назначении арбитра или арбитражном разбирательстве. Суд, отметив в определении, что заявителем были предоставлены копии почтовых сообщений, отправленных арбитражем в адрес ответчика, указал, что данные отправления не содержат наименование направляемого документа, а сами авианакладные оформлены на иностранном языке. На основании этого суд признал доводы ответчика, отрицавшего надлежащее извещение, обоснованными. Суд также указал, что

на основании Гаагской конвенции 1965 года судебное извещение должно быть направлено в соответствии с Кишиневской конвенцией через органы юстиции стран-участниц конвенции.

Следует отметить, что в обоснование факта направления сообщений арбитражем в адрес ответчика истцом к ходатайству были приложены: справка арбитража с хронологией направления сообщений, копии накладных о доставке сообщений DHL и перевод к ним.

Определением судебной коллегии по гражданским делам Жамбылского областного суда от 12 июля 2016 года в удовлетворении частной жалобы истца было отказано.

Постановлением судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Республики Казахстан от 7 декабря 2016 года судебные акты нижестоящих судов были отменены. Отменяя вынесенные определения, суд кассационной инстанции указал на несоответствие выводов судов имеющимся в деле доказательствам – заверенным арбитражем копиям почтовых извещений с переводом на русский язык, наличие поступившего в арбитраж отзыва ответчика на исковое заявление и неприменимость Кишиневской конвенции 2002 года к арбитражному разбирательству.

При новом рассмотрении данного дела в суде апелляционной инстанции 24 января 2017 года судебной коллегией по гражданским делам Жамбылского областного суда вынесено определение об удовлетворении заявления.

Суд отказывает в признании и (или) приведении в исполнение арбитражного решения независимо от того, в какой стране оно было вынесено, если сторона, против которой было принято арбитражное решение, представит в суд доказательства того, что решение еще не стало обязательным для сторон или было отменено, или его исполнение было приостановлено судом страны, в соответствии с законом которой оно было вынесено (подпункт 1 части 1 статьи 255 ГПК).

ТОО «А» обратилось в СМЭС города Астаны с заявлением о выдаче исполнительного листа по решению арбитража «Арбитражный суд города Астаны» по иску к ИП Б. Решением арбитража иск удовлетворен с взысканием сум-

мы 10 994 870 тенге. Взыскатель приложил к заявлению надлежащим образом заверенные копии решения арбитража и арбитражного соглашения.

Определением СМЭС г. Астаны от 3 октября 2016 года в удовлетворении заявления истца отказано. В качестве основания суд сослался на подпункт 1 части 1 статьи 255 ГПК, в силу которого основанием для отказа в выдаче исполнительного листа является случай, когда арбитражное решение не стало обязательным или было отменено. Под таким основанием СМЭС города Астаны признал факт обращения ответчика с ходатайством об отмене арбитражного решения в судебном порядке.

Стоит отметить, что такая позиция не отвечает смыслу соответствующей нормы подпункта 1 части 1 статьи 255 ГК. В международной практике принято считать, что арбитражное решение является обязательным и окончательным, если оно не выступает предметом обжалования на пересмотр по существу. Пунктом 1 статьи 54 Закона «Об арбитраже» прямо предусмотрено, что арбитражное решение признается обязательным. Исключения могут составлять случаи, когда регламентом арбитража или процедурой арбитража предусмотрена возможность обжалования арбитражного решения в другой арбитражный орган. К такой процедуре оспаривание арбитражного решения по ходатайству стороны в судебном порядке не относится.

Примеры судебной практики об отмене третейских и арбитражных решений.

Действие принципа автономности арбитражного соглашения не исключает сохранения арбитражного соглашения в случае правопреемства стороны.

Одним из ключевых принципов арбитража является принцип автономности арбитражного соглашения. Данный принцип, предусмотренный подпунктом 7 статьи 5 Закона «Об арбитраже», означает, что отмена, изменение или признание недействительной арбитражной оговорки не приводят к прекращению, изменению или признанию недействительным основного соглашения.

Соответственно прекращение, изменение или признание недействительным основного соглашения не приводят к

прекращению, изменению или признанию недействительной арбитражной оговорки.

Значение принципа автономности арбитражного соглашения не влечет прекращения этого арбитражного соглашения при правопреемстве в обязательстве по основному договору. В случае уступки права требования (цессии) по основному договору условия арбитражного соглашения сохраняют силу для нового кредитора (цессионария) и должника. Согласия должника на переход прав от cedentа к цессионарию по основному договору, как и по арбитражному соглашению, не требуется.

Данный вывод о допустимости правопреемства в процессуальных правах основан на положениях части 1 статьи 53 ГПК, допускающей замену стороны в гражданском процессе (процессуальное правопреемство), следующее за переходом материальных прав.

Ходатайство ТОО «З» об отмене решения арбитража города Астаны по иску ТОО «G» о взыскании 184 959 524 тенге.

Обращаясь в суд, ТОО «З» мотивировало свое ходатайство об оспаривании арбитражного решения следующим: основанием предъявления иска стала уступка канадской компании «Н» права требования к ТОО «З» (заемщик). Условия договора займа предполагали разрешение споров между займодателем и заемщиком в Международном Арбитражном (третейском) суде (IAC). В подписанном в трехстороннем порядке соглашении между cedentом, цессионарием и должником в пункте 11 указано условие о том, что при недостижении взаимоприемлемого решения спора стороны вправе передать спор на разрешение в судебном порядке.

В связи с заключением 20 ноября 2013 года данного договора об уступке права требования ответчик считал, что он не может быть стороной арбитражного разбирательства. Кроме того, заявление ответчика мотивировано и тем, что требование истца о взыскании долга было заявлено преждевременно, ввиду наличия в договоре об уступке права требования условия о максимальном сроке возврата долга, который не должен превышать 10 лет.

Считая, что из суммы взысканного решением арбитража

долга ответчик должен 120 723 385 тенге, он обратился в СМЭС города Астаны с ходатайством об оспаривании арбитражного решения в полном объеме.

При этом в данном случае государственная пошлина оплачена ответчиком в размере 1 810 851 тенге, что соответствует размеру пошлины за оспаривание 120 726 385 тенге, хотя в ходатайстве заявитель просил отменить арбитражное решение в полном объеме – на сумму 184 959 524 тенге.

Определением СМЭС города Астаны от 28 декабря 2017 года в удовлетворении ходатайства об оспаривании арбитражного решения отказано. Суд мотивировал отказ тем, что обязательство ответчика возникло из договора займа 2006 года, а договор уступки права требования является лишь основанием для перемены лиц в обязательстве.

В определении апелляционной инстанции суда города Астаны от 21 февраля 2018 года суд оставил в силе акт первой инстанции, придя к выводу о том, что истец на основании договора уступки права требования в 2013 году приобрел все права, в том числе и процессуальные. Условия пункта 11 о передаче спора в суд апелляционная инстанция посчитала относящимися к взаимоотношениям между цедентом и цессионарием.

В практике сложилась неоднозначная позиция по вопросу допустимости рассмотрения арбитражами исков об обращении взыскания на заложенное имущество.

Определением районного суда №2 Алмалинского района города Алматы от 21 ноября 2017 года отказано в удовлетворении ходатайства Е. об оспаривании решения международного арбитража «IUS» по обращению взыскания на заложенную в банк квартиру по обязательствам о возврате задолженности в сумме 134 000 долларов США.

Судебный акт первой инстанции был отменен определением коллегии по гражданским делам Алматинского городского суда от 18 января 2018 года. В мотивировочной части определения суд апелляционной инстанции привел нормы об отмене арбитражного решения ввиду его несоответствия публичному порядку и разрешения спора, который не может быть предметом арбитражного разбирательства. К та-

ким выводам Алматинский городской суд пришел, основываясь на положениях норм статей 20, 21 Закона Республики Казахстан «Об ипотеке» о реализации ипотеки в судебном порядке. Суд апелляционной инстанции сделал вывод о допустимости обращения взыскания на заложенное имущество не иначе как по решению суда.

В другом деле определением суда №2 Алмалинского района города Алматы от 16 апреля 2018 года было также отказано в удовлетворении ходатайства Т. об отмене арбитражного решения Международного арбитража IUS по иску АО «А» к Т. об обращении взыскания на залоговое имущество.

Определением судебной коллегии по гражданским делам Алматинского городского суда от 14 июня 2018 года судебный акт первой инстанции был оставлен в силе.

В данном случае суды отклонили доводы ходатайства ответчика, что арбитражным решением нарушаются интересы членов семьи ответчика на объект недвижимости, являющегося единственным жильем, признав их несоответствующими основаниям для отмены арбитражного решения, предусмотренным статьей 52 Закона «Об арбитраже».

В целом вопрос о допустимости разрешения в арбитраже спора об обращении взыскания на заложенное имущество вызывает множество дискуссий. На этот счет высказываются различные мнения. Вместе с тем мнение о неарбитрабельности споров об обращении взыскания на залог является спорным в силу ряда положений действующего законодательства.

Перечень споров, которые не могут быть предметом арбитражного разбирательства, предусмотрен пунктами 8-10 статьи 8 Закона «Об арбитраже». Эти положения и любой другой перечень, не допускающий передачу споров в арбитражное разбирательство, не следует рассматривать расширительно.

Положение о допустимости лишения права собственности не иначе как по решению суда является общеизвестным. Вместе с тем в развитие указанного правила статьей 24 ГПК предусмотрено, что подведомственный суду спор (конфликт), возникший из гражданско-правовых отноше-

ний, по письменному соглашению сторон может быть разрешен в порядке медиации, партисипативной процедуры или передан на рассмотрение в арбитраж, когда это не запрещено законом. Таким образом, законодатель допускает возможность передачи в арбитраж споров, отнесенных к подсудности судов за исключением случаев наличия в законе прямого запрета.

Вышеуказанные положения законодательства в отсутствие прямого запрета в законе передачи каких-либо определенной категории споров в арбитраж ставят под сомнение вывод о недопустимости рассмотрения требования об обращении взыскания на заложенное имущество в арбитражном порядке.

С другой стороны, негативный подход судебной практики к выдаче исполнительных листов по третейским, арбитражным решениям, а также случаи отмены этих решений по искам об обращении взыскания на заложенное имущество может быть объяснен концепцией предоставления защиты слабой стороне в договоре. Это в полной мере может быть актуальным в отношении требований об обращении взыскания на единственное жилье физического лица, по иску коммерческих организаций (банков, микрокредитных организаций, ломбардов и т.д.) к физическим лицам о взыскании долга по договорам потребительского займа.

Неравенство сторон в таких договорных отношениях очевидно и связано, прежде всего, с недостаточной юридической осведомленностью физических лиц о процедуре арбитража, особенностями определения места третейского, арбитражного разбирательства, недопустимостью последующего пересмотра решения по существу и т.д.

В обоснование данной позиции можно привести ряд примеров из международной практики. Так, в литературе отмечается, что государственными судами не всегда признается действительность арбитражной оговорки между фирмой и физическим лицом, несмотря на общее доминирование концепции о действительности арбитражных соглашений. Считается, что при подписании такого соглашения физическое лицо может не в полной мере отдавать себе отчет

о малопригодности арбитража для спора по договору на незначительную сумму. Приводится пример, когда английский судья отказал в направлении сторон в арбитраж при наличии арбитражного соглашения ввиду того, что это могло ущемить интересы физического лица. В указанном случае суд рассмотрел спор по существу. Отмечается, что в случае заключения физическим лицом для своих некоммерческих нужд договора, содержащего международную арбитражную оговорку, речь может идти о дефекте воли, заблуждении, последствием которой является вывод о недействительности арбитражного соглашения.

В этой связи с позиции защиты интересов слабой стороны, в роли которой может выступать физическое лицо, отказ суда в выдаче исполнительного листа по арбитражному решению об обращении взыскания на заложенное имущество в виде единственного жилья или отмена судом такого решения можно признать допустимым по основанию недействительности арбитражного соглашения в силу дефекта воли или заблуждения залогодателя (подпункт 2 пункта 1 статьи 52, подпункт 1 пункта 1 статьи 57 Закона «Об арбитраже»). При этом необходимо учитывать, что указанное основание подлежит доказыванию стороной, против которой вынесено арбитражное решение.

Законом «Об арбитраже» предусмотрено положение о том, что созданные в Республике Казахстан международные арбитражи и третейские суды обязаны в течение двух лет со дня введения в действие настоящего Закона ввести соответствующие изменения в свои положения, уставы или регламенты (пункт 1 статьи 59).

Основания отмены арбитражного решения, предусмотренные статьей 52 Закона «Об арбитраже», не должны толковаться буквально. Судам надлежит избегать расширительного толкования этих оснований.

Определением районного суда №2 Алмалинского района города Алматы от 19 апреля 2018 года удовлетворено ходатайство Б. об отмене решения Международного арбитража «IUS» от 22 февраля 2018 года по иску АО «А» об обращении взыскания на заложенное имущество. Определением судебной коллегии по гражданским делам Алматинского го-

родского суда от 28 июня 2018 года судебный акт первой инстанции оставлен в силе.

В качестве одного из оснований для отмены арбитражного решения суд указал, что арбитражное соглашение должно содержать указание конкретного арбитража.

По этому делу суду было представлено соглашение сторон о рассмотрении спора в Международном третейском суде «IUS». Это позволило судам сделать вывод о том, что Международный арбитраж «IUS» не был вправе разрешать спор.

В то же время судами не учтено, что арбитражное соглашение изначально заключено сторонами в период действия Закона «О третейских судах». В последующем с принятием Закона «Об арбитраже» предусмотрена обязанность международных арбитражей и третейских судов, созданных в Республике Казахстан до введения в действие данного Закона, внести соответствующие изменения в свои положения, уставы или регламенты в течение двух лет со дня введения в действие Закона (пункт 1 статьи 59).

Международный арбитраж «IUS», основанный в 1992 году, до 1 февраля 2016 года носил наименование «Международный третейский суд «IUS». Решением учредителей и членов попечительского совета 1 февраля 2016 года Международный третейский суд «IUS» был переименован в Международный арбитраж «IUS».

В данном случае суды не учли, что Международный третейский суд «IUS», указанный в арбитражном соглашении, и Международный арбитраж «IUS», решение которого было оспорено ответчиком в суде, является одним и тем же постоянно действующим арбитражем. Суд не истребовал у ответчика, заявившего ходатайство об оспаривании арбитражного решения, доказательство о неподведомственности спора арбитражу.

Аналогичным образом удовлетворено ходатайство Б., ТОО «Т» об оспаривании решения Арбитража Алматы по иску АО «Б».

По арбитражному решению от 5 декабря 2016 года в пользу банка с Б. и ТОО «Транспортная компания «А» было взыскано 53 607 327 тенге солидарно. Оспаривая указанное

решение арбитража, заявители сослались на отсутствие надлежащего извещения об арбитражном разбирательстве и направление ими 11 ноября 2016 года уведомления об отказе от арбитражной оговорки.

Рассматривая данное ходатайство, Медеуский районный суд города Алматы в мотивировочной части определения лишь сослался на то, что при заключении соглашения о кредитной линии стороны пришли к согласию о передаче своих споров на рассмотрение в Третейский суд Алматы. В связи с тем, что арбитражное решение было вынесено Арбитражем Алматы, суд пришел к выводу о том, что арбитраж не имеет полномочий по разрешению спора.

Следует полагать, что подобные аргументы представляются малообоснованными. Изменение наименования постоянно действующего арбитража не влечет недействительности арбитражного соглашения и не может служить основанием для выводов о наличии основания для отмены судом арбитражного решения. При рассмотрении таких вопросов судам надлежит возлагать на заявителя ходатайства представление доказательства о несоответствии арбитража арбитражному соглашению.

Вместе с тем в доктрине имеется мнение о том, что рассмотрение спора иным арбитражем, образованным в результате реорганизации после слияния, присоединения, разделения или выделения может быть основанием для отмены решения. Исключение составляет случай преобразования формы юридического лица, являющегося арбитражем.

Публичный порядок Республики Казахстан является одним из критериев, несоответствие которому может послужить основанием к отказу в признании и приведении в исполнение арбитражного решения либо отмене арбитражного решения.

В признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения может быть отказано, если суд найдет, что признание и приведение в исполнение этого решения противоречат публичному порядку (подпункт а) пункта 2 статьи 5 Нью-Йоркской конвенции).

Почти аналогичное положение предусмотрено статьей 255 ГПК и статьей 57 Закона «Об арбитраже». Суд выносит

определение об отказе в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение арбитражного решения, если установит, что приведение в исполнение этого арбитражного решения противоречит публичному порядку Республики Казахстан.

Следует отметить, что при рассмотрении заявлений о признании и исполнении арбитражных решений суд не должен проверять соответствие содержания такого решения публичному порядку Республики Казахстан. Проверке подлежит лишь вопрос соответствия публичному порядку самого факта признания и исполнения арбитражного решения публичному порядку.

Данный вывод прямо следует из содержания норм подпункта а) пункта 2 статьи 5 Нью-Йоркской конвенции, статьи 255 ГПК, а также статьи 57 Закона «Об арбитраже».

Обоснованием также может служить положение, предусмотренное частью 8 статьи 253 ГПК, о недопустимости пересмотра арбитражного решения по существу при рассмотрении судом заявления о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение арбитражного решения.

Также необходимо обратить внимание на различие между формулировками, изложенными в статье 5 Нью-Йоркской конвенции, статьей 255 ГПК и статьей 57 Закона «Об арбитраже». Указанные различия затрагивают вопрос судебного усмотрения.

В частности, рассматривая заявление о признании и приведении в исполнение решения иностранного арбитража, суд в соответствии с пунктом 2 статьи 5 Нью-Йоркской конвенции может отказать в удовлетворении заявления заявителя при наличии предусмотренных для этого оснований. Такое положение международного договора дает суду право усмотрения при принятии решения. Норма Нью-Йоркской конвенции не обязывает суд к отказу в признании и приведении в исполнение решения иностранного арбитража даже в том случае, если такие действия противоречат публичному порядку.

При этом положения подпункта 2 части 1 статьи 255 ГПК и подпункта 2 пункта 1 статьи 57 Закона «Об арбитраже» об отказе в выдаче исполнительного листа на принуди-

тельное исполнение арбитражного решения изложены императивно. Содержащиеся в них положения, по сути, обязывают суд к отклонению заявления взыскателя в случае противоречия публичному порядку решения арбитража, созданного по законодательству Республики Казахстан.

В отличие от процедуры признания и исполнения арбитражного решения, при рассмотрении *ходатайства об отмене решения арбитража суд должен проверить соответствие содержания оспариваемого решения публичному порядку Республики Казахстан*. Данное положение следует из подпункта 1) пункта 2 статьи 52 Закона «Об арбитраже», где указано, что арбитражное решение отменяется судом в случае определения, что арбитражное решение противоречит публичному порядку Республики Казахстан. В этом случае решение арбитража подлежит пересмотру и оценке на предмет соответствия публичному порядку по существу.

Публичным порядком Республики Казахстан признаются основы правопорядка, закрепленные в законодательных актах Республики Казахстан (подпункт 1) статьи 2 Закона «Об арбитраже»).

Вопрос определения публичного порядка, его критериев является актуальным и дискуссионным в юридической теории и практике.

В международной практике под публичным порядком признаются основы правопорядка и нравственности. Основы правопорядка, прежде всего, составляют общие положения и раздел «Человек и гражданин» Конституции Республики Казахстан.

Также есть мнение, что положение о соответствии публичному порядку относится к случаям применения в практике коллизионной нормы, отсылающей к иностранному праву. Это соответствует части 1 статьи 1090 ГК, предусматривающей неприменимость иностранного права в случаях, когда его применение противоречило бы основам правопорядка Республики Казахстан (публичному порядку Республики Казахстан). В указанных случаях применяется право Республики Казахстан.

На основе этого положения есть мнение о недопустимости ссылки на публичный порядок, когда спор разрешен с

применением права того государства, в котором испрашивается признание и приведение в исполнение решения арбитража.

Заявление ТОО «Ш» об оспаривании арбитражного решения Казахстанского международного арбитража от 12 февраля 2018 года по иску ТОО «Л» к ТОО «Ш».

Решением состава арбитров Казахстанского международного арбитража от 12 февраля 2018 года удовлетворен иск ТОО «Л» к ТОО «Ш». С ответчика взыскана в пользу истца сумма 1 001 921 854 тенге, арбитражный сбор 33 635 017 тенге, истребована строительная проектная документация. В удовлетворении встречного иска ответчика о расторжении договора генерального подряда отказано.

В свою очередь ТОО «Ш» обратилось в суд с ходатайством об оспаривании данного арбитражного решения, указав на отклонение арбитражем заявленного ответчиком ходатайства о назначении строительной экспертизы, поскольку требовались специальные познания в области строительства и нарушения принципов арбитражного разбирательства, разрешении спора за пределами заявленных истцом требований.

Определением СМЭС города Алматы от 14 марта 2018 года в удовлетворении ходатайства ТОО «Ш» об оспаривании решения арбитража отказано. Отклоняя ходатайство ответчика, суд исходил из непредоставления доказательств наличия обстоятельств, служащих основанием для отмены арбитражного решения по статье 52 Закона «Об арбитраже».

Вместе с тем определением коллегии по гражданским делам Алматинского городского суда от 25 апреля 2018 года определение суда первой инстанции об отклонении ходатайства об оспаривании арбитражного решения отменено. Апелляционной инстанцией также отменено решение арбитража.

В качестве основания отмены суд апелляционной инстанции указал несоответствие арбитражного решения публичному порядку. При этом суд в качестве допущенных нарушений отнес следующее:

– состав арбитража, отклонив ходатайство ответчика о

назначении по делу экспертизы, не обладая специализацией в области финансов и строительства, вышел за пределы своих юридических познаний и нарушил принцип предоставления равных возможностей для изложения позиции и защиты права;

– при заявлении истцом требования о возмещении убытков арбитражем вынесено решение о взыскании задолженности.

Разрешенный арбитражем спор связан с отношениями сторон по договору подряда на строительство завода по производству смазочных материалов в городе Алматы. В данном договоре истец выступал в качестве заказчика, а ответчик являлся генеральным подрядчиком. Как следует из материалов дела, во исполнение договора подряда истцом была передана ответчику проектная документация, разработанная по заказу и за счет истца третьим лицом. Ввиду допущенных ответчиком нарушений договорных обязательств истец расторг во внесудебном порядке договор подряда и предъявил к ответчику требование о взыскании остатка задолженности в размере 1 001 921 854 тенге, после вычета гарантии и выплат всех подлежащих сумм, на основании подписанных сторонами актов выполненных работ.

В приведенном случае очевидно, что предметом арбитражного разбирательства являлся коммерческий спор субъектов предпринимательства. Разрешенные арбитражем требования сторон связаны с договорными обязательствами. Возможность предъявления разрешенных арбитражем требований в полной мере допускается действующим гражданским правом.

Одним из важнейших и основных принципов арбитражного разбирательства является независимость арбитража. Подпунктом 3 статьи 5, а также статьей 7 Закона «Об арбитраже» предусмотрен принцип независимости арбитража, означающий, что арбитры и арбитражи при разрешении переданных им споров и принятии решения независимы. Какое-либо вмешательство государственных органов в деятельность арбитражей недопустимо.

При этом публичным порядком Республики Казахстан признаются основы правопорядка, закрепленные в законо-

дательных актах Республики Казахстан (подпункт 1 статьи 2 Закона).

В связи с этим, учитывая общее положение об ограничении возможности судебного пересмотра арбитражных решений по существу, позиция судов в приведенном случае представляется небесспорной.

Заявление Компании «J» об отмене арбитражного решения от 6 апреля 2016 года Казахстанского Международного Арбитража по иску компании «Н» (КНР) к компании «J» (Панама).

В данном случае арбитражный спор касался двух иностранных компаний. Предметом требований истца в арбитраже было требование о взыскании двойной суммы задатка за нарушение обязательства заключить основной договор о продаже доли участия в юридическом лице. Из материалов следует, что в 2012 году стороны предварительно договорились о продаже ответчиком истцу в течение 90 дней 65% доли участия в дочерней иностранной Компании «W(BVI)». Обязательство Ответчика также включало условие об оформлении на «W(BVI)» 100 % долей участия в ТОО «К», ТОО «Г» с условием продления сроков недропользования на месторождениях золота в Костанайской области. Ввиду срыва сделки истец, оплатив ранее задаток в размере 3 миллиона долларов США, предъявил требование к ответчику о взыскании двойной суммы задатка в размере 6 миллионов долларов США, пени 947 тысяч долларов США, 155 тысяч долларов США арбитражного сбора.

Решением Казахстанского Международного Арбитража иск «Н» к компании «J» удовлетворён частично. С ответчика в пользу истца взысканы 6 000 000 долларов США, 473 753 долларов США пени и расходы по оплате помощи представителя 43 505 долларов США.

Ответчик оспорил решение арбитража в СМЭС города Алматы, ссылаясь на нарушение арбитражем принципа законности при применении норм материального права. В частности, ответчик в ходатайстве привел следующие доводы: о ненадлежащем оформлении предварительного договора купли-продажи доли, о своем статусе номинального владельца акций, пропуске срока исковой давности, допу-

щении истцом задержки в оплате задатка и незаконности его взыскания в двойном размере.

Определением СМЭС города Алматы от 27 июня 2016 года указанное арбитражное решение было отменено по единственному указанному судом основанию – нарушению публичного порядка Республики Казахстан.

Отдельно следует обратить внимание на содержание вынесенного СМЭС города Алматы определения. В восьми-страничном тексте судебного акта суд на пяти страницах допустил копирование содержания ходатайства ответчика об оспаривании арбитражного решения.

Определением судебной коллегии по гражданским делам Алматинского городского суда от 10 августа 2016 года указанное определение суда первой инстанции было оставлено в силе.

Только постановлением судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Республики Казахстан от 16 мая 2017 года вынесенные нижестоящими судами определения были отменены с отказом в удовлетворении ходатайства ответчика об оспаривании арбитражного решения.

Отменяя состоявшиеся судебные акты, суд кассационной инстанции указал, что нижестоящие суды вышли за рамки своей компетенции, оценивая законность принятого решения и пересматривая его по существу. Суд кассации также не согласился с выводами нижестоящих судов о нарушении арбитражным решением по спору между двумя иностранными компаниями публичного порядка Республики Казахстан.

Ходатайство ТОО «А» об оспаривании арбитражного решения арбитражного центра «J» по иску ИП «А» о взыскании денежной суммы по договору подряда.

Доводы ходатайства об отмене решения арбитража сводились к отсутствию у ответчика заключенного между сторонами договора о выполнении электромонтажных работ и арбитражного соглашения. В ходатайстве ответчик также привел доводы о нарушении решением арбитража принципа законности, сомнительности выводов о правомерности требования истца по актам выполненных работ, нарушение требования об уведомлении и несправедливом характере

решения. При этом в обоснование ходатайства ответчик приложил лишь копию арбитражного решения.

Определением СМЭС Атырауской области от 24 мая 2017 года отказано в удовлетворении ходатайства ответчика об отмене арбитражного решения. Суд пришел к выводу о необоснованности заявленного ходатайства ввиду нижеследующего. Судом были исследованы представленные истцом доказательства, в числе которых: акты выполненных работ, телеграмма почтовой службы об извещении ответчика об арбитражном разбирательстве и явка работника ответчика в арбитраж, несоблюдение ответчиком срока обращения с ходатайством об оспаривании арбитражного решения. Данное определение оставлено без изменения судом апелляционной инстанции.

Не оспаривая правильность выводов суда об отсутствии оснований для отмены арбитражного решения, следует отметить, что в указанном случае отсутствуют основания для пересмотра арбитражного решения и обстоятельств спора по существу. Суду следовало акцентировать внимание на отсутствии доказательств, подтверждающих наличие оснований для отмены арбитражного решения. Такие доказательства обязан предоставить заявитель ходатайства.

Арбитры и арбитражи при разрешении переданных им споров независимы, принимают решения в условиях, исключая какое-либо вмешательство в их деятельность государственных органов и иных организаций, за исключением случаев, установленных Законом «Об арбитраже».

Определением СМЭС города Астаны от 11.02.2016 года отказано в удовлетворении ходатайства ТОО СП «F» (СП «Ф») об отмене решения Третейского суда «Казахстанский коммерческий арбитраж». Решением третейского суда от 19 декабря 2015 года удовлетворен иск ТОО «Инженерная буровая компания «С» к ТОО СП «F» (СП «Ф»). С ответчика в пользу истца взыскана сумма основного долга 1 670 060 961 тенге, а также дополнительно 995 060 96 тенге и пеня в размере 316 091 010 тенге.

Ответчик обратился в СМЭС города Астаны с ходатайством об отмене данного третейского решения, мотивиро-

вав оспаривание следующим. Ответчик указал, что арбитры вынесли решение в пользу истца под давлением, ввиду письма о возбуждении уголовного дела. По мнению ответчика, учитывая данное обстоятельство, арбитрам следовало заявить самоотвод, чего не было сделано. Ответчиком также были приведены многочисленные доводы, касающиеся законности арбитражного решения: акты выполненных работ со стороны ответчика скреплены только печатью филиала; наименования работ в актах не соответствуют договору; сумма долга взыскана необоснованно; истек срок исковой давности в отношении требования истца и другое. Все эти доводы были признаны судом первой инстанции необоснованными, ходатайство об отмене третейского решения отклонено.

Судебная коллегия по гражданским делам суда города Астаны определением от 15 апреля 2016 года, отменяя судебный акт первой инстанции с направлением дела на новое рассмотрение, указала лишь, что в ходе арбитражного разбирательства истец направил в адрес арбитров письмо о его обращении в правоохранительные органы по вопросу возбуждения в отношении арбитров уголовных дел по факту приобретения прав на чужое имущество. Суд апелляционной инстанции также отметил, что данная позиция ответчика судом первой инстанции не проверена, не обеспечено объективное исследование обстоятельств дела. По мнению апелляции, суду первой инстанции надлежало проверить соответствие примененных норм установленным правоотношениям путем исследования материалов арбитражного дела.

По результатам нового рассмотрения определением СМЭС города Астаны от 24 июля 2016 года ходатайство ТОО СП «F» (СП «Ф») об отмене третейского решения было удовлетворено. Данное определение оставлено в силе судом апелляционной инстанции.

Постановлением судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Республики Казахстан от 23 ноября 2016 года отменены все судебные акты нижестоящих инстанций об отмене третейского решения с оставлением в силе первоначального определения СМЭС города Астаны

от 11 февраля 2016 года об отклонении ходатайства ответчика. Суд кассационной инстанции в своем постановлении указал на нарушение нижестоящими судами принципов независимости третейского разбирательства, отсутствие у ответчика доказательств наличия оснований для отмены третейского решения.

При рассмотрении вопросов исполнения или оспаривания решений арбитражей и третейских судов судам необходимо руководствоваться принципами законности, а также принципами независимости арбитража и недопустимости вмешательства в деятельность арбитража.

Принцип законности, предусмотренный частью 1 статьи 6 ГПК, предписывает, что суд при рассмотрении и разрешении гражданских дел обязан точно соблюдать требования Конституции Республики Казахстан, законов и других нормативно-правовых актов, а также подлежащих применению международных договоров Республики Казахстан. Это означает, что в вопросах признания, исполнения арбитражных решений, а также их оспаривания суды должны строго соблюдать положения ГПК, Закона «Об арбитраже» и международных договоров.

Арбитры и арбитражи при разрешении переданных им вопросов независимы и принимают решения в условиях, исключающих какое-либо воздействие на них, неуклонно следуя принципу независимости (подпункт 3 статьи 5 Закона «Об арбитраже»).

Арбитры и арбитражи при разрешении переданных им споров независимы, принимают решения в условиях, исключающих какое-либо вмешательство в их деятельность государственных органов и иных организаций, за исключением случаев, установленных настоящим Законом (статья 7 Закона «Об арбитраже»).

До принятия Закона Республики Казахстан «Об арбитраже» положение о недопустимости вмешательства в деятельность арбитражей и третейского суда предусматривался статьей 8 Закона Республики Казахстан «О третейских судах» (утратил силу) и статьей 5 Закона Республики Казахстан «О международном арбитраже» (утратил силу).

Анализ судебной практики показывает, что имеют место

случаи прямого несоблюдения судами установленного законом запрета на вмешательство. Приведем пример судебного пересмотра одного из третейских решений.

Решением третейского суда «Международный Коммерческий Арбитраж «IUS» от 17 октября 2014 года было зафиксировано урегулирование сторонами спора на основе заключенного мирового соглашения. По условиям соглашения ответчики ТОО «Т» и И. признали иск ТОО «Ф» в полном объеме и обязались добровольно в солидарном порядке до 11 февраля 2015 года погасить задолженность перед истцом в размере 25 979 000 тенге.

Основанием для вынесения указанного решения стало трехстороннее соглашение, содержащее, помимо обязательства ответчиков о погашении долга, также и третейскую оговорку (соглашение) о передаче спора в вышеупомянутый третейский суд. В материалах также имелись заявления сторон об урегулировании спора.

Возможность вынесения третейским судом решения на согласованных условиях предусматривалась пунктом 3 статьи 34 Закона «О третейских судах». В настоящее время такое решение может быть вынесено арбитражем на основании статьи 46 Закона «Об арбитраже».

Ввиду неисполнения ответчиками третейского решения в добровольном порядке по заявлению истца определением Бостандыкского районного суда города Алматы от 23 апреля 2015 года выдан исполнительный лист для принудительного исполнения.

В последующем одним из ответчиков И. было подано ходатайство об отмене решения третейского суда «Международный Коммерческий Арбитраж «IUS». Ответчик мотивировал свое ходатайство тем, что третейским судом были нарушены нормы материального и процессуального права по привлечению ответчика в качестве гаранта обманным путем, о чем ему стало известно в 2015 году.

Определениями Бостандыкского районного суда города Алматы от 25 апреля 2015 года удовлетворены ходатайства И. о восстановлении срока оспаривания третейского решения и отмене данного решения.

При рассмотрении данного ходатайства суд установил,

что стороны (ТОО «Т», И. и ТОО «Ф») заключили договор подряда, по условиям которого ответчик принял обязательство по строительству объекта – испытательный центр с лабораториями на МЦПС Хоргос.

Суд мотивировал отмену третейского решения тем, что спор не мог быть предметом рассмотрения в третейском суде, поскольку стороны не внесли каких-либо изменений и дополнений в договор строительного подряда. Письменное заявление – обязательство И. о добровольном погашении задолженности с оговоркой о рассмотрении спора в третейском суде – суд не признал документом, дающим основание для разрешения спора в третейском суде.

Однако положениями Закона «О третейских судах» допускалась возможность заключения третейского соглашения как в рамках основного договора, так и отдельно на любой стадии отношений сторон (пункт 4 статьи 7, статья 10 Закона «О третейских судах»).

В частности, пунктом 1 статьи 10 Закона «О третейских судах» предусматривалось, что третейское соглашение заключается в письменной форме, которая считается соблюденной, если соглашение содержится в документе, подписанном сторонами, либо заключенным путем обмена письмами, сообщениями по телетайпу, телеграфу или с использованием других средств электронной или иной связи, обеспечивающих фиксацию такого соглашения.

Последнее означает, что третейское соглашение может быть оформлено не только в тексте основного договора, но и отдельно в письмах и сообщениях, передаваемых любыми видами связи.

Аналогичные положения предусматриваются подпунктом 2 статьи 4, а также статьями 8, 9 Закона «Об арбитраже». Согласно положениям Закона «Об арбитраже» арбитражное соглашение признается заключенным даже в случаях обмена сторонами искомым заявлением и отзывом на иск, в которых одна сторона утверждает о наличии соглашения, а другая против этого не возражает.

Несоответствие признания и (или) приведения в исполнение арбитражного решения публичному порядку является одним из оснований для отказа в выдаче исполнительно-

го листа на основании решения арбитража (подпункт 2 пункта 1 статьи 57 Закона «Об арбитраже»).

Следует отметить, что при разрешении вопроса признания и исполнения арбитражных решений следует учитывать два аспекта. Первый – несоответствие признания арбитражного решения публичному порядку. Второй – нарушение публичного порядка исполнением решения арбитража.

Определение публичного порядка содержится в подпункте 1 статьи 2 Закона «Об арбитраже», где таковым признаны основы правопорядка, закрепленные законодательными актами Республики Казахстан.

Определением суда №2 Казыбекбийского района города Караганды от 4 июля 2017 года отказано в удовлетворении заявления о выдаче исполнительного листа на решение арбитража по иску ТОО «Микрофинансовая организация «Э» к Т. о взыскании долга по договору займа в размере 505 109 тенге. Судебной коллегией по гражданским делам Карагандинского областного суда 23 августа 2017 года определение суда первой инстанции оставлено в силе.

По данному делу арбитражем разрешен спор из договора о предоставлении микрокредита. Истец обратился к ответчику с требованием о возврате займа в размере 171 635 тенге, а также подлежащей к уплате суммы 363 783 тенге. В ходе арбитражного разбирательства ответчик признал заявленный иск частично, не согласившись с пеней в размере 170 309 тенге. Рассмотрев спор, арбитраж удовлетворил исковые требования ТОО «Микрофинансовая организация «Э», снизив сумму взыскиваемой неустойки до 140 000 тенге.

Отказ в удовлетворении заявления истца о выдаче исполнительного листа суд мотивировал несоответствием арбитражного решения публичному порядку Республики Казахстан. Суд первой инстанции в своем определении указал, что в арбитражном решении отсутствует ссылка на порядок, срок и размер вознаграждения. Районный суд также пришел к выводу о том, что арбитражное решение противоречит пункту 1 статьи 718 ГК, в соответствии с которым вознаграждение выплачивается заемщиком займодателю в размерах, определенных договором займа. В данном случае, по мнению суда, учитывая взыскание суммы займа досроч-

но, вознаграждение подлежало взысканию по дате фактического пользования предметом займа, в качестве которой указана дата вынесения арбитражного решения.

В данном случае судами не мотивировано ясно, в чем заключается нарушение публичного порядка.

В Рекомендациях Верховного Суда по вопросам круглого стола о применении Закона «Об арбитраже» указано о возможности применения института публичного порядка в исключительных случаях, когда принудительное исполнение арбитражного решения посягает на основы правопорядка Республики Казахстан. При этом указано, что судам при отмене решения по данному основанию следует мотивировать, какой конкретно публичный порядок нарушен и каким образом.

Подпунктом 3 пункта 1 статьи 52 Закона «Об арбитраже» предусмотрено, что арбитражное решение может быть отменено при предоставлении доказательства, если сторона, заявляющая ходатайство об отмене, не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве или по другим причинам, признанным судом уважительными, не могла представить свои объяснения.

По ходатайству М. об отмене решения «Центрально-Казахстанского постоянно действующего арбитража» определением суда №2 Казыбекбийского района г. Караганды от 3 октября 2017 года удовлетворено ходатайство об отмене арбитражного решения по иску ТОО «Микрофинансовая организация «Э» о взыскании долга по договору займа в сумме 894 406 тенге.

В данном случае ответчик обратился с ходатайством об оспаривании арбитражного решения по основанию неполучения им уведомления об арбитражном разбирательстве и несогласии с решением арбитража. При этом в нарушение положения пункта 1 статьи 52 Закона «Об арбитраже» к ходатайству не были приложены какие-либо доказательства, подтверждающие доводы ответчика.

Рассматривая указанное ходатайство, суд фактически в одностороннем порядке возложил на истца бремя доказывания отсутствия оснований для отмены арбитражного реше-

ния. Несмотря на представленные истцом доказательства отправки почтового сообщения в адрес ответчика, детализацию отправки короткого текстового сообщения посредством мобильной связи, суд отклонил доводы истца, указав на отсутствие доказательств, подтверждающих фактическое вручение сообщений ответчику, отменил арбитражное решение.

В последующем определением судебной коллегии по гражданским делам Карагандинского областного суда от 8 ноября 2017 года судебный акт первой инстанции был отменен. Апелляционный суд признал почтовое извещение и сообщение по мобильной связи бесспорными доказательствами надлежащего извещения ответчика о разбирательстве.

Представляется, что подход суда апелляционной инстанции к оценке доводов стороны об отмене арбитражного решения является обоснованным.

При этом следует отметить, что правила об извещении сторон в арбитражном разбирательстве определяются не нормами Главы 11 ГПК (статьи 127-133), а статьей 30 Закона «Об арбитраже». Законом «Об арбитраже» предусматриваются общие правила извещения сторон в арбитражном разбирательстве. Статьей 30 Закона закреплено, что сообщение считается полученным, если оно доставлено адресату лично, по его постоянному месту жительства или почтовому адресу. Письменное сообщение считается полученным, если оно направлено в последнее известное место нахождения заказным письмом с уведомлением о его вручении, телефонограммой или телеграммой, текстовым сообщением по абонентскому номеру мобильной связи или электронному адресу, а также с использованием иных средств связи, обеспечивающих фиксирование этого сообщения. Таким образом, законодателем признается надлежащим извещение не только письмом с уведомлением, но и посредством других электронных способов коммуникации.

Стоит обратить внимание на некоторые особенности положений статьи 30 Закона «Об арбитраже». Изложенные в данной статье закона положения о порядке направления сообщений действуют в качестве общего правила. При этом статьей 30 Закона «Об арбитраже» допускается право сто-

рон определить соглашением иной порядок извещений. Например, это может быть обычное почтовое сообщение без уведомления о вручении. По договоренности, сторонами по-иному может быть определен момент, с которого сообщение считается доставленным. Например, со дня отправки сообщения. Таким образом, законодательство отдает в данном вопросе приоритет условиям договоренности самих сторон.

В целом обобщение показало, что значительное число случаев отказа судами в выдаче исполнительных листов по третейским, арбитражным решениям, а также отмены таких решений на основании ходатайств связаны с требованиями финансовых организаций к физическим лицам о взыскании долга по договорам займа.

Наиболее распространенными основаниями для отказа в выдаче исполнительного листа, а также отмены третейских, арбитражных решений являются: неуведомление стороны о назначении арбитра или о третейском, арбитражном разбирательстве; отсутствие третейского или арбитражного соглашения; несоответствие третейского, арбитражного решения публичному порядку Республики Казахстан.

Вместе с тем анализ судебной практики показал, что нередко местными судами рассмотрение заявлений и ходатайств по соответствующей категории осуществляется формально. Имеют место случаи несоблюдения требования закона об обязанности предоставления суду доказательств наличия оснований для отказа в выдаче исполнительного листа или отмены третейского, арбитражного решения о сроках оспаривания решений. Также допускается расширительное толкование местными судами публичного порядка.

Заявление ТОО «Л» о выдаче исполнительного листа по решению постоянно действующего арбитража города Караганды по иску к К. Решением арбитража от 30 мая 2017 года с ответчика взыскано в пользу истца 90 256 тенге. К заявлению о выдаче исполнительного листа по данному решению истцом были приложены подлинники арбитражного решения и арбитражного соглашения. По существу, спор между сторонами возник на основании договора о предоставлении ломбардом займа. Рассмотрев заявление истца в

отсутствие ответчика, районный суд №2 Казыбекбийского района Карагандинской области определением от 22 июня 2017 года отказал в выдаче исполнительного листа. Свое решение суд мотивировал тем, что истцом не предоставлено доказательство уведомления ответчика об арбитражном разбирательстве, а решения арбитража противоречит публичному порядку Республики Казахстан ввиду отсутствия у истца (ломбарда) лицензии на заемные операции. Определением апелляционной инстанции судебный акт оставлен в силе.

Следует еще раз отметить, что частью 1 статьи 255 ГПК обязанность предоставления доказательства нарушения требования об уведомлении стороны об арбитражном разбирательстве возложена на сторону, против которой было принято арбитражное решение.

Кроме того, с принятием Закона Республики Казахстан от 23 декабря 2005 года «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам лицензирования и консолидированного надзора» деятельность кредитных товариществ и ломбардов лицензированию не подлежит.

По аналогичным основаниям отклонено заявление ТОО «Л» о выдаче исполнительного листа по решению Центрально-Казахстанского постоянно действующего арбитража. В определении районный суд №2 Казыбекбийского района Карагандинской области от 23 июня 2017 года в дополнение к основаниям, упомянутым в вышеприведенном примере, также сослался на превышение ставки вознаграждения, предусмотренной Постановлением Национального Банка Республики Казахстан от 24 декабря 2012 года №377.

Заявитель М. обратился в суд с ходатайством об отмене решения Международного третейского суда от 19 ноября 2012 года по иску ТОО «Б» о взыскании суммы в размере 344 163 тенге. В ходатайстве ответчик указал о несогласии с третейским решением, ставшем известным ему лишь 30 ноября 2017 года в ходе исполнительного производства. К ходатайству ответчика от 14 декабря 2017 года приложены копии оспариваемого третейского решения и исполнительный

лист. Жамбылский районный суд Алматинской области, рассмотрев обращение ответчика в одном судебном заседании без участия сторон, определением от 25 декабря 2017 года отменил решение третейского суда. Установив, что спорные отношения сторон возникли на основании договора банковского займа между АО «А» и ответчиком, суд пришел к выводу об отсутствии между сторонами третейского соглашения. Суд указал, что заявление ответчика, в котором последний отказался от исполнения обязательства по возврату долга и дал согласие на рассмотрение договорного спора в третейском суде, не может подтверждать заключение сторонами третейского соглашения.

По аналогичным основаниям удовлетворены ходатайства Ш., Н. (Жамбылский районный суд Алматинской области), Б., А. (Наурызбайский районный суд города Алматы).

В целом следует отметить, что положениями статьи 10 Закона «О третейских судах» (утратил силу) и статьи 9 Закона «Об арбитраже» допускается оформление третейского, арбитражного соглашения не только в качестве оговорки в тексте основного договора или дополнительного соглашения, но и путем обмена письмами и иными документами, определяющими субъектов и содержание их волеизъявления. Следовательно, соответствующее по форме и содержанию закону заявление может подтверждать наличие третейского, арбитражного соглашения.

Определением Кызылординского городского суда от 9 октября 2017 года отклонено заявление ТОО «Д» о выдаче исполнительного листа по решению постоянно действующего арбитража (третейского суда) по Западно-Казахстанской области от 7 июня 2017 года в отношении И. Отказывая в удовлетворении заявления взыскателя, суд указал на отсутствие надлежащего уведомления ответчика об арбитражном разбирательстве.

По тем же основаниям определениями Кызылординского городского суда были отклонены и другие заявления ТОО «Д» в отношении К., А., Д.

Не входя в обсуждение результата рассмотрения указанных заявлений, следует отметить, что в перечисленных случаях договоры займа были заключены в типовой форме по-

сле введения в действие Закона «Об арбитраже» без соблюдения требования пункта 4 статьи 8 Закона «Об арбитраже» о действительности арбитражного соглашения при условии его отдельного оформления после возникновения оснований для предъявления иска.

Как было указано выше, при обсуждении практики выдачи исполнительного листа или отмены третейских, арбитражных решений об обращении взыскания на единственное жилье физических лиц, подход о признании недействительным третейского, арбитражного соглашения между субъектом предпринимательства и физическим лицом по договорам, направленным на удовлетворение потребительского интереса последнего, может быть обоснован целью защиты слабой стороны. Однако в любом случае следует обратить еще раз внимание на бремя доказывания оснований, предусмотренных статьями 52, 57 Закона «Об арбитраже» и статьи 255 ГПК. Также представляется, что такой исключительный подход неприемлем для случаев, связанных с предпринимательством физических лиц или с преследуемыми ими коммерческими интересами.

Предложения

1. С учетом важного значения развития альтернативных способов разрешения споров и необходимости в этой связи обеспечения единообразной судебной практики по вопросам признания и исполнения, а также оспаривания арбитражных решений предлагается направить данное обобщение в местные суды для обсуждения и руководства при рассмотрении дел обобщаемой категории.

2. В целях повышения профессионального уровня судей, улучшения качества отправления правосудия целесообразно разработать и ввести на постоянной основе специальный учебный курс и методическое пособие по арбитражу для действующих судей и магистрантов Академии правосудия.

3. Для обеспечения полноты и достоверности статистических данных по заявлениям о признании и исполнении, ходатайствам об отмене арбитражных решений предлагается в системе АИС ТӨРЕЛІК вести отдельный учет матери-

алов по решениям иностранных и национальных арбитражей, а также иностранных судов.

4. Положительное влияние на развитие судебной практики по вопросам арбитража может оказать формирование судебной специализации в составе различных судебных инстанций, в особенности в судах, осуществляющих рассмотрение материалов по обобщаемой категории дел.

5. Предлагается также предусмотреть возможность оказания консультативной помощи вышестоящими судами нижестоящим по вопросам применения норм международного права и законодательства об арбитраже.

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРАХ

- Акимбекова Саида Аминовна** – академический профессор Высшей школы права «Әділет» Каспийского университета, доктор юридических наук
- Аленкина Наталья Борисовна** – доцент программы “Право” АУЦА, арбитр Международного Третейского суда при Торгово-промышленной палате Кыргызской Республики (Кыргызская Республика)
- Балкен Мадияр Тимурович** – Судья Верховного Суда Республики Казахстан, кандидат юридических наук
- Давыденко Дмитрий Леонидович** – главный эксперт Центра арбитража и посредничества при Торгово-промышленной палате Российской Федерации, арбитр МКАС и Морской арбитражной комиссии при Торгово-промышленной палате Российской Федерации, кандидат юридических наук (Россия)
- Дуйсенова Асель Ериковна** – ведущий научный сотрудник НИИ частного права, ассоциированный профессор Высшей школы права «Әділет» Каспийского университета, Исполнительный директор Казахстанского Международного Арбитража, руководитель аппарата Арбитража

ной Палаты Казахстана, академик
НАН РК, кандидат юридических наук

Еремин Виктор Валерьевич – аспирант кафедры коммерческого права юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета (Россия)

Ильясова Куляш Муратовна – главный научный сотрудник НИИ частного права Каспийского университета, доктор юридических наук, профессор

Калдыбаев Аскар Куралбаевич – исполнительный директор Арбитражного центра Национальной палаты предпринимателей РК «Атамекен», кандидат юридических наук, магистр немецкого права (LL.M.), MCI Arb

Карагусов Фархад Сергеевич – главный научный сотрудник НИИ частного права Каспийского университета, доктор юридических наук, профессор

Климкин Сергей – академический профессор Высшей школы права «Әділет» Каспийского университета, главный научный сотрудник Института законодательства Республики Казахстан, кандидат юридических наук

Конусова Венера Тулеутаевна – заместитель директора Института законодательства Республики Казахстан, кандидат юридических наук

Коробейников Александр – партнер Алматынского филиала Baker McKenzie CIS Limited, арбитр Казахстанского Международного Арбитража

- Левкут Яна** – помощник юриста Алматинского филиала Baker & McKenzie CIS Limited
- Линник Анатолий Васильевич** – судья Верховного Суда Республики Казахстан в отставке
- Масадиков Шерзодбек Махмудович** – заведующий кафедрой «Международное частное право и гражданско-правовые дисциплины» Университета мировой экономики и дипломатии, управляющий Адвокатского Бюро «SHERLAW», кандидат юридических наук (Узбекистан)
- Морозов Михаил Эдуардович** – председатель правления Ассоциации «Национальная третейская палата», старший преподаватель Новосибирского национального исследовательского государственного университета (Россия)
- Скворцов Олег Юрьевич** – профессор кафедры коммерческого права юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета, советник международной юридической фирмы «DLA Piper» в Санкт-Петербурге, доктор юридических наук (Россия)
- Скрябин Сергей Васильевич** – ведущий научный сотрудник НИИ частного права Каспийского университета, главный научный сотрудник Института законодательства Республики Казахстан, кандидат юридических наук, доцент
- Сулейменов Майдан Кунтуарович** – директор НИИ частного права Каспийского университета, Председатель Казахстанского Международного Арбитража, Председатель Правле-

ния Арбитражной Палаты Казахстана, академик НАН РК, доктор юридических наук, профессор

**Шайкенов
Валихан
Жарасканович**

- Партнер, глава практики по разрешению споров Юридической фирмы «AEQUITAS», Магистр права Джорджтаунского университета (Вашингтон, округ Колумбия, США)

СОДЕРЖАНИЕ

Глава 1. Общие положения

<i>Скворцов О.Ю.</i> Идеология и юридическая техника консервативной модели регулирования коммерческого арбитража	3
<i>Морозов М.Э.</i> Проблемы государственного регулирования арбитража в России	12
<i>Сулейменов М.К., Дуйсенова А.Е.</i> Взаимодействие судов и арбитражей: проблемы теории и практики	22
<i>Акимбекова С.А.</i> Взаимодействие суда и арбитража по законодательству Республики Казахстан	47
<i>Масадиқов Ш.М.</i> Международный коммерческий арбитраж и государственные суды	58
<i>Шайкенов В.Ж.</i> Призыв к ратификации Нью-Йоркской и Европейской конвенций: молчание, раздражающее инвесторов и право	62

Глава 2. Разграничение компетенции судов и арбитражей

<i>Калдыбаев А.К., Линник А.В.</i> Альтернативные арбитражные оговорки	77
<i>Аленкина Н.Б.</i> Третейские соглашения в практике Международного третейского суда при Торгово-промышленной палате Кыргызской Республики	89
<i>Еремин В.В.</i> Арбитрабельность споров, связанных с государственным оборонным заказом в Российской Федерации	115
<i>Климкин С.И.</i> Расходы, связанные с разрешением спора в арбитраже	121

Глава 3. Взаимодействие судов и арбитражей по вопросам применения обеспечительных мер, отмены и принудительного исполнения арбитражных решений

<i>Коробейников Александр, Левкут Яна.</i> Практика применения судами Казахстана обеспечительных мер в отношении арбитражных разбирательств	129
<i>Скрябин С.В.</i> Противоречие публичному порядку как основание отмены судами Республики Казахстан решений арбитражей: некоторые теоретические и практические вопросы	143
<i>Давыденко Д.Л.</i> Приведение в исполнение вынесенных в России третейских решений на примере Морской арбитражной комиссии при Торгово-промышленной палате Российской Федерации	169

Глава 4. Взаимодействие судов и арбитражей в сфере примирительных процедур

<i>Карагузов Ф.С.</i> The legal framework for mediation in Kazakhstan: current state, expectations of public recognition and perspectives for development	183
<i>Конусова В.Т.</i> Некоторые аспекты состояния и перспектив развития медиации в Казахстане	234
<i>Ильясова К.М.</i> Вопросы альтернативного разрешения споров по контрактам на недропользование	248

Глава 5. Арбитражная и судебная практика

Обобщение арбитражной практики постоянно действующих арбитражей – членов АПК за 2016–2018 годы	264
<i>Балкен М.Т.</i> Предисловие к обобщению судебной практики по вопросам арбитража	324
Обобщение судебной практики о признании и исполнении, отмене арбитражных решений за 2016, 2017 и 1 квартал 2018 года	327
Сведения об авторах	394

**ВЗАИМОДЕЙСТВИЕ ГОСУДАРСТВЕННЫХ
СУДОВ И АРБИТРАЖЕЙ В СФЕРЕ АЛЬТЕРНАТИВНОГО
РАЗРЕШЕНИЯ СПОРОВ**

*Материалы научно-практического семинара
(Алматы, 12 октября 2018 г.)*

Редактор **А.Б. Баирова**
Техн. редактор **К.К. Мухамедин**

Подписано в печать 06.08.19. Формат 84×108^{1/32}.
Гарнитура «Times New Roman». Печ.л. 25,0.
Тираж 500 экз. Заказ №

Республика Казахстан. ТОО «Тамыр».
050012, г. Алматы, ул. Толе би, 127, тел.: 383-60-87.
E-mail: zaine777@mail.ru.

Отпечатано в типографии ТОО «Курсив»
тел.: 269-62-26.