

Достоинства и недостатки нового Закона об арбитраже

*Сулейменов М.К.
Директор НИИ частного права Каспийского университета,
Председатель Казахстанского Международного Арбитража,
академик НАН РК, д.ю.н., профессор*

*Дуйсенова А.Е.
Ведущий научный сотрудник НИИ частного права
Каспийского университета, Исполнительный директор
Казахстанского Международного Арбитража, к.ю.н.*

1. Введение

Арбитраж как альтернативный способ разрешения коммерческих споров в Казахстане применяется чуть больше 20 лет. И за это сравнительно небольшое время ему удалось пройти несколько этапов в своем развитии, причем, совершенно диаметрально.

Так, в истории развития законодательства об арбитраже в Казахстане до сегодняшнего дня можно выделить четыре этапа:

1) Начальный этап (1993 - 1999 г.г.)

Арбитраж в Казахстане, в отличие от России, имеет не очень большую историю. 5 октября 1993 г. была создана Арбитражная комиссия при Торгово-промышленной палате Республики Казахстан. Тогда же был создан Международный третейский суд при Юридическом центре «IUS».

В то время в Казахстане действовало [Типовое положение](#) о третейском суде, утвержденное постановлением Кабинета Министров РК от 4 мая 1993 г. № 356.

В те годы третейское разбирательство медленно, но неуклонно развивалось, проблемы если и возникали, то не самые острые. Одной из таких проблем были взаимоотношения с Генеральной прокуратурой, которая пыталась опротестовать решения третейских судов по существу[1];

2) Второй этап. Принятие Гражданского процессуального кодекса (1999 - 2004 г.г.)

Положение резко изменилось с принятием 1 июля 1999 г. [Гражданского процессуального кодекса](#). Незадолго до этого были ликвидированы государственные арбитражные суды и положения нового ГПК стали распространяться на экономические споры между юридическими лицами. С принятием ГПК был отменен [Закон](#) о порядке разрешения хозяйственных споров 1993 года. Это было вполне логично, однако утратила силу и [ст. 134](#) этого Закона, предусматривающая принудительное исполнение арбитражными судами решений третейских судов. В то же время в ГПК подобная норма не была включена.

Между тем принудительное исполнение решений третейского суда государственными судами является краеугольным камнем эффективности третейского разбирательства.

После принятия ГПК судебная практика пошла вразнос. Чтобы исправить ситуацию, Верховный суд принял [Нормативное постановление](#) № 14 от 19 октября 2001 г., которым обязал суды выносить определения о принудительном исполнении решений третейских судов. Однако против этого постановления единым фронтом выступили Генеральная прокуратура и Министерство юстиции при открытой поддержке Правительства РК. После такого мощного давления Верховный суд вынужден был приостановить действие своего нормативного постановления.

Свою лепту внес и Конституционный совет РК, приняв вышеупомянутое постановление. Единственная фраза в этом постановлении, которая спасала положение -

«в порядке, установленном законодательством». В ГПК пока сохраняется положение об обязанности суда оставить заявление без рассмотрения, если между сторонами заключено арбитражное соглашение ([подп. 5\) ст. 249 ГПК](#)).

Начался период тайного и явного уничтожения арбитражных судов. Профессор Сулейменов М.К. с профессором Басиным Ю.Г. возглавили борьбу всех юристов Казахстана за сохранение третейских судов в Казахстане и за скорейшее принятие закона об арбитражном разбирательстве. Борьба шла с переменным успехом. В частности, существовало распоряжение Вице-премьера РК о поручении Министерству юстиции разработать проект закона о третейских судах, исключив из него норму о принудительном исполнении решений третейских судов. Отметим, что значительную поддержку в сохранении третейских судов нам оказывало международное арбитражное сообщество, в том числе и российские ученые. В феврале 2003 г. НИИ частного права совместно с Германским обществом по техническому сотрудничеству (GTZ) провел в Астане международную научно-практическую конференцию «Третейский суд в Казахстане: проблемы правового регулирования» с приглашением на нее депутатов и правительственных чиновников. На конференции с докладами выступили Рольф Книпер (проф. Бременского университета), Рено Сорель (секретариат ЮНСИТРАЛ) и проф. М.М. Богуславский, который, не нуждается в особом представлении.

3) Третий этап. Принятие Законов о международном коммерческом арбитраже и о третейских судах

В итоге все же борьба увенчалась успехом, и 28 декабря 2004 г. были приняты [Закон «О третейских судах»](#) и [Закон «О международном коммерческом арбитраже»](#). Эти законы сыграли большую роль в возрождении арбитражных судов в Казахстане. В частности, на основе нового законодательства был создан Казахстанский Международный Арбитраж.

С момента введения в действие этих Законов прошло не так много времени, но практика деятельности институциональных арбитражей и третейских судов выявила многие достоинства и недостатки принятых Законов, что должно было позволить усовершенствовать их в такой степени, чтобы арбитражные (третейские) суды Казахстана смогли занять достойное место в международной системе арбитражных судов.

За одиннадцать лет, прошедших с момента введения в действие указанных Законов, изменения и дополнения вносились в них несколько раз. Так, в Закон о третейских судах пять раз - [Законом РК от 04.05.2009 г. № 156-IV ЗРК](#), [Законом от 05.02.2010 г. № 249-IV ЗРК](#), [Законом от 17.02.2012 г. № 564-IV ЗРК](#), [Законом от 10.07.2012 № 32-V ЗРК](#) и [Законом от 03.07.2013 г. № 125-V ЗРК](#).

В Закон об арбитраже изменения и дополнения вносились трижды - [Законом РК от 05.02.2010 г. № 249-IV ЗРК](#), [Законом от 03.07.2013 г. № 125-V ЗРК](#) и [Законом от 02.07.2014 г. № 225-V ЗРК](#).

4) Четвертый этап. Принятие Закона об арбитраже

08 апреля 2016 года был принят [Закон Республики Казахстан № 488-V ЗРК «Об арбитраже»](#) (далее - новый Закон об арбитраже), объединивший два ранее действовавших Закона.

С принятием и введением в действие нового Закона можно говорить о начале нового этапа в развитии арбитражного движения в Казахстане. Но каким он будет? Будет ли он этапом укрепления и успешного развития арбитража? Сейчас мы затрудняемся дать положительный ответ на этот вопрос, поскольку помимо явно прогрессивных положений, новый Закон об арбитраже содержит достаточно большое количество не только спорных, но и ошибочных, а порой даже опасных положений.

В новом Законе об арбитраже сохранился ряд недостатков, которые были в Законе о третейских судах. Кроме того, он внес ряд изменений, не соответствующих природе арбитража.

Мы намеренно так подробно останавливаемся на истории развития законодательства об арбитраже в Казахстане для того, чтобы наглядно показать каким сложным и тернистым был и, к сожалению, все еще остается путь развития арбитража в Казахстане.

2. Достоинства нового Закона об арбитраже

2.1. Сфера применения

К числу несомненных достоинств нового Закона об арбитраже следует отнести прежде всего то, что он консолидировал в себе нормы двух ранее действовавших Законов - о третейских судах и о международном арбитраже. В целом это верный подход, поскольку независимо от того, между кем рассматривается спор (между резидентами РК или с участием нерезидентов), процедуры должны быть едиными и для третейского суда, и для арбитража. Поэтому идея объединения двух законов является продуктивной, ибо это позволяет убрать все многочисленные повторы и дублирование одних и тех же положений.

Так, согласно [ст. 1](#) нового Закона об арбитраже он применяется в отношении споров, возникших из гражданско-правовых отношений с участием физических и (или) юридических лиц, независимо от места жительства или места нахождения субъектов спора внутри государства или за его пределами, разрешаемых арбитражем, если иное не установлено законодательными актами Республики Казахстан.

2.2. Уточнение понятия «публичный порядок»

В ранее действовавших, а ныне отмененных Законах об арбитраже (см. [подп. 1\) ст. 2](#)) и третейских судах (см. [подп. 5\) ст. 2](#)) публичный порядок Республики Казахстан определялся как основы государственного и общественного устройства, закрепленные в законодательных актах Республики Казахстан. Противоречие публичному порядку РК является одним из оснований для обжалования решения международного арбитража и третейского суда. Между тем подобное определение публичного порядка было весьма спорно.

Дело в том, что в [Гражданском кодексе](#) Республики Казахстан (далее - ГК) публичный порядок определяется по-другому. 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 судейское 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.

Совершенно очевидно, что «основы государственного и общественного устройства» и «основы правопорядка» - это разные вещи.

Достоинством нового Закона об арбитраже является то, что в нем понятие публичного порядка было уточнено, а именно приведено в соответствие со [ст. 1090](#) ГК.

Теперь, в соответствии с [подпунктом 1\) ст. 2](#) нового Закона публичный порядок Республики Казахстан - это основы правопорядка, закрепленные в законодательных актах Республики Казахстан.

2.3. Исключение необоснованных ограничений

К числу явно положительных моментов, на наш взгляд, можно отнести то, что новым Законом об арбитраже были исключены отдельные необоснованные ограничения в компетенции третейских судов.

Согласно [п. 8 ст. 8](#) нового Закона об арбитраже арбитражу не подведомственны споры между субъектами естественных монополий и их потребителями, между государственными органами, субъектами квазигосударственного сектора.

До введения в действие нового Закона об арбитраже третейским судам в соответствии с [п. 5 ст. 7](#) Закона о третейских судах были не подведомственны в частности споры, по которым затрагиваются интересы государства, споры из договоров о предоставлении услуг, выполнении работ, производстве товаров субъектами естественных монополий, субъектов, занимающих доминирующее положение на рынке товаров и услуг.

Однако подобного ограничения в отношении компетенции международного коммерческого арбитража не было. Поэтому можно было говорить о необоснованных ограничениях деятельности третейских судов, их дискриминации по сравнению с международным коммерческим арбитражем. Так, например, национальные компании были необоснованно ограничены в возможности рассмотрения споров с казахстанскими компаниями в порядке третейского разбирательства, поскольку существовал риск того, что государственные суды могли отменить решение третейского суда, ссылаясь на то, что в споре с нацкомпанией были затронуты интересы государства. При этом любой нерезидент мог включить в такой же контракт с нацкомпанией оговорку и отдать свой спор по контракту на рассмотрение независимому арбитражу. На практике наличие подобных ограничений очень серьезно тормозило развитие третейских судов.

Поэтому невключение в новый Закон об арбитраже норм о запрете на рассмотрение арбитражем споров, по которым затрагиваются интересы государства, следует рассматривать как положительное.

Что касается существовавшего до принятия и введения в действие нового Закона об арбитраже запрета на рассмотрение третейскими судами споров из договоров о предоставлении услуг, выполнении работ, производстве товаров субъектами естественных монополий, субъектами, занимающими доминирующее положение на рынке товаров и услуг, то на практике достаточно часто возникал спорный вопрос о том, могут ли такие субъекты передать споры из заключенных ими договоров на рассмотрение в третейский суд или нет.

Проблема была связана с буквальным толкованием нормы [п. 5 ст. 7](#) Закона о третейских судах. Дело в том, что у таких субъектов были и иные договоры, по которым не они сами предоставляли услуги, выполняли работы или производили товары, а наоборот получали такие услуги, работы или приобретали товары от своих контрагентов. Если следовать буквальному толкованию, то запрет на такие споры не мог распространяться. Исходя из того, что в силу [п. 1 ст. 19](#) Закона о третейских судах третейский суд самостоятельно решал вопрос о наличии или об отсутствии у него правомочий рассматривать переданный на его разрешение спор, можно было сделать вывод о том, что такие споры могли быть рассмотрены третейскими судами.

Однако в случае обжалования решения третейского суда или обращения за принудительным исполнением в компетентный государственный суд, в конечном итоге, вопрос об арбитрабельности таких споров всегда решался судьей государственного суда, который мог совершенно иначе истолковать норму [п. 5 ст. 7](#) Закона о третейских судах и признать, что спор не подлежит рассмотрению третейским судом.

[Пункт 8 ст. 8](#) нового Закона об арбитраже предусматривает запрет на рассмотрение арбитражем не всех споров с участием субъектов естественных монополий, а только тех споров, которые возникают между естественными монополистами и их потребителями.

Хотя справедливости ради стоит отметить, что и эта категория споров все же необоснованно исключена из подведомственности арбитража, также как и споры между субъектами квазигосударственного сектора (п. 8 ст. 8 Закона).

Споры же субъектов квазигосударственного сектора с резидентами РК могут рассматриваться только с согласия уполномоченного государственного органа ([п.10 ст. 8](#) Закона). Это фактически делает невозможным обращение субъектов квазигосударственного сектора в арбитраж.

Поэтому, с одной стороны, новый Закон об арбитраже исключил одни необоснованные ограничения в компетенции третейских судов, но, с другой стороны, тут же фактически ввел новые ограничения для арбитража.

2.4. Защита слабой стороны в договоре

[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» 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, на наш взгляд, являлось спорным, поскольку указанная норма имела своей целью защиту более слабой стороны в договоре, которая, заключая договор присоединения с включенной в него третейской оговоркой, была лишена возможности свободного волеизъявления. Дело в том, что на практике, как правило, одной из сторон договора присоединения всегда является потребитель - физическое лицо, которое просто присоединяется к договору, разработанному продавцом (поставщиком услуг).

В [Закоме](#) о международном арбитраже такой нормы не было, поскольку в сфере международного коммерческого арбитража, как правило, отсутствует необходимость в защите интересов потребителей - физических лиц.

Третейская оговорка, будучи включенной в текст договора присоединения, фактически лишает присоединяющуюся сторону свободы волеизъявления. Именно поэтому [п. 3 ст. 7](#) Закона о третейских судах ранее предусматривал, что третейское соглашение о разрешении спора по договору присоединения действительно только в том случае, если оно 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 стороны.

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.

Данная норма была восстановлена в новом Законе. Так, согласно [п. 4 ст. 8](#) нового 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 предложенному договору в целом (договор присоединения), действительно, если такое соглашение заключено после возникновения оснований для предъявления иска.

2.5. Закрепление принципа автономности арбитражного соглашения

Одним из важных вопросов, возникавших на практике, являлся вопрос соотношения арбитражной (третейской) оговорки с основным договором, в текст которого она включена. В юридической теории довольно давно была сформулирована доктрина автономности третейского соглашения, суть которой сводится к тому, что арбитражная (третейская) оговорка, даже будучи включенной в текст основного контракта, остается самостоятельным соглашением с самостоятельной юридической судьбой. Отмена, изменение или признание недействительной арбитражной оговорки не ведет само по себе к прекращению, изменению или признанию недействительным основного контракта. И, напротив, метаморфозы с основным контрактом не влияют на юридическую силу арбитражной оговорки.

В большинстве стран доктрина автономности арбитражного соглашения первоначально появилась в судебной практике и лишь потом, стала нормой закона. Вслед за [Типовым законом ЮНСИТРАЛ «О международном торговом арбитраже»](#) принцип автономности арбитражной (третейской) оговорки в настоящее время закреплен в законодательстве многих стран.

Однако законодательство Казахстана вплоть до принятия и введения в действие нового Закона об арбитраже не содержало специальных норм об автономности арбитражной (третейской) оговорки.

В настоящее время доктрина автономности арбитражного соглашения закреплена в [подпункте 7\) ст. 5](#), а также [п. 1 ст. 20](#) нового Закона об арбитраже. Так, арбитражное разбирательство осуществляется с соблюдением принципа автономности арбитражного соглашения, означающей, что отмена, изменение или признание недействительной арбитражной оговорки не приводят к прекращению, изменению или признанию недействительным основного соглашения. Соответственно отмена, изменение или признание не действительным основного соглашения не приводят к прекращению, изменению или признанию недействительной арбитражной оговорки.

В соответствии с п. 1 ст. 20 нового 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. 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.

2.6. Исключение «противоречия принципу законности» из числа оснований для возможного обжалования решения третейского суда

Значительным шагом вперед является также исключение такого основания для возможного обжалования решения третейского суда, как «противоречие принципу законности».

В Казахстане в отношении третейских судов долгое время существовал риск отмены государственным судом решения, вынесенного третейским судом. Речь шла о пресловутом принципе законности. В Законе о третейских судах среди оснований обжалования решения третейского суда в компетентном (государственном) суде было названо противоречие такого решения принципу законности и публичному порядку Республики Казахстан (см. [подпункт 5\) п. 2 ст. 44](#) отмененного Закона о третейских судах).

Однако сама возможность отмены решения третейского суда по основанию нарушения принципа законности противоречила сущности третейского разбирательства.

Ведь принцип законности - это соблюдение всех нормативных правовых актов (см. подпункт 2) [ст. 4](#) отмененного Закона о третейских судах).

На практике это означало, что государственный суд мог отменить решение третейского суда в случае малейшего на взгляд государственного суда нарушения любого приказа министерства или любого решения районного акима. Не говоря о наличии большой коррупционной составляющей, это противоречило основной цели введения третейского суда в правовую систему государства, а также основному принципу третейского разбирательства: что оно не может быть пересмотрено по существу.

На этом принципе построено третейское разбирательство во всем мире и это запрещено во всех международных документах. Недаром подобного основания отмены решения не было в Законе о международном коммерческом арбитраже, основанном на [Типовом законе ЮНСИТРАЛ](#) о международном торговом арбитраже. В конце концов, это было просто унижительно, ведь в Законе, написанном для иностранцев, не было таких ограничений, которые были установлены для граждан Республики Казахстан.

В новом Законе об арбитраже такого основания для возможного обжалования решения, как «противоречие принципу законности», уже нет. Да и само содержание принципа законности, закрепленное в [подпункте 2\) ст. 5](#) нового Закона об арбитраже существенно пересмотрено. Так, данный принцип теперь означает, что арбитры и арбитражи в своих решениях руководствуются только нормами применимого по соглашению сторон права.

2.7. Участие адвокатов в арбитражном разбирательстве

На практике нередко возникали спорные ситуации, связанные с возможностью участия адвокатов в рассмотрении спора в качестве третейского судьи или арбитра.

Дело в том, что, с одной стороны, Законы о третейских судах и о международном коммерческом арбитраже не содержали прямого запрета на избрание адвокатов в качестве третейских судей (арбитров). Но, с другой стороны, Закон Республики Казахстан от 05 декабря 1997 года «Об адвокатской деятельности» не содержал прямого разрешения для адвокатов выступать в качестве третейского судьи или арбитра при рассмотрении спора в третейском суде или международном коммерческом арбитраже.

Такая законодательная неурегулированность возможности адвокатов выступать в качестве третейских судей и арбитров несла в себе риск обжалования компетентным судом решений, вынесенных составом арбитров (третейских судей) с участием адвокатов.

В настоящее время данная проблема решена, поскольку [п. 5 ст. 15](#) Закона об адвокатской деятельности был дополнен прямым указанием на возможность для адвокатов быть избранным или назначенным арбитром соответствующего арбитража для разрешения спора.

3. Недостатки нового Закона об арбитраже

Несмотря на все достоинства нового Закона об арбитраже, он в то же время просто изобилует не только спорными, но и явно ошибочными положениями, которые самым отрицательным образом в ближайшем будущем скажутся на развитии арбитража в Казахстане, отбросив его в своем развитии на шаг назад, и сделав казахстанские арбитражи непривлекательными для участников внешнеэкономической деятельности, вынудив последних обращаться в иностранные арбитражи. На чем основано такое утверждение? Для этого достаточно проанализировать отдельные деструктивные положения нового Закона об арбитраже.

3.1. Необоснованно расширенный перечень существенных условий арбитражного соглашения

Новый Закон об арбитраже фактически необоснованно расширил перечень существенных условий арбитражного соглашения. Так, согласно [п. 4 ст. 9](#) нового Закона об арбитраже арбитражное соглашение должно содержать:

- 1) намерение сторон о передаче спора в арбитраж;
- 2) указание предмета, который подлежит рассмотрению арбитражем;
- 3) указание конкретного арбитража;
- 4) согласие уполномоченного органа соответствующей отрасли или местного исполнительного органа в случае, предусмотренном [п. 10 ст. 8](#) Закона.

Справедливости ради стоит отметить, что в первоначальных редакциях проекта нового Закона об арбитраже таких существенных условий было почти вдвое больше. Часть из них удалось убедить исключить, но даже те, что остались, вызывают серьезную критику.

Что представляет собой арбитражное соглашение? Арбитражное соглашение является гражданско-правовым договором, следовательно, к нему должны применяться соответствующие нормы Гражданского кодекса о договорах. Согласно [п. 1 ст. 393](#) ГК договор считается заключенным, когда между сторонами в требуемой в подлежащих случаях форме достигнуто соглашение по всем существенным его условиям. Существенными являются условия о предмете договора, условия, которые признаны существенными законодательством или необходимы для договоров данного вида, а также все те условия, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение. Без определения предмета договора ни один договор не может считаться заключенным.

Наименование арбитражного суда, безусловно, относится к существенным условиям договора, поскольку является предметом договора. Поэтому в арбитражном соглашении должны содержаться сведения, позволяющие индивидуализировать тот или иной арбитраж, в который стороны изъявили намерение передать на рассмотрение уже возникший или могущий возникнуть спор. Поэтому наиболее важным единственным из элементов арбитражной оговорки является обозначение избранного сторонами арбитража или признаков, непосредственно индивидуализирующих его, либо точно определяющих метод такой индивидуализации.

Как отмечает О.Ю. Скворцов, «в практике заключения соглашений о передаче споров на разрешение международного коммерческого арбитража зачастую встает вопрос о толковании воли сторон вследствие неточности формулирования наименования третейского учреждения, на рассмотрение которого должен быть передан спор. Как правило, коммерческие арбитражи расширительно толкуют соответствующие условия третейских соглашений. Даже в том случае, если стороны неправильно указали наименование третейского суда, главным критерием подведомственности спора конкретному суду служит выявление истиной воли сторон»^[2].

На практику расширительного толкования международными коммерческими арбитражами условий подобных арбитражных соглашений также обращает внимание Ю.Г. Басин, который пишет, что «наиболее важным из элементов арбитражной оговорки является обозначение избранного сторонами арбитража или признаков, непосредственно индивидуализирующих его, либо точно определяющих метод такой индивидуализации... Но отсутствие такой степени индивидуализации арбитражного суда не лишает арбитражную оговорку юридической силы. Индивидуализацию завершают компетентные на это органы, обозначенные в конвенциях, иных международных договорах, регламентах арбитражных судов либо непосредственно в тексте оговорки»^[3].

[Статья IV](#) Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже, принятой в Женеве 21 апреля 1961 года (далее - Европейская конвенция)^[4], содержит детальный механизм индивидуализации арбитражного суда. Если стороны предусмотрели передать могущие возникнуть между ними споры на рассмотрение постоянного арбитражного органа, но не

назначили этого органа и не достигли соглашения на этот счет, то истец может направить просьбу о таком назначении, если стороны договорились о месте арбитража, по своему выбору либо к Председателю компетентной торговой палаты места арбитража, согласованного сторонами, либо председателю компетентной торговой палаты того места страны ответчика, в котором на момент подачи просьбы о передаче дела в арбитраж он проживает или имеет свое местонахождение; либо Специальному комитету, состав и характер деятельности которого определены в приложении к Конвенции. Если истец не воспользовался предоставленными ему правами, этими правами могут воспользоваться ответчик или арбитры.

В соответствии со [ст. 1](#) Европейская конвенция применяется к арбитражным соглашениям как физических, так и юридических лиц, которые на момент заключения такого соглашения имеют постоянное местожительство или соответственно свое местонахождение в различных Договаривающихся Государствах, о разрешении в порядке арбитража споров, возникающих при осуществлении операций по внешней торговле.

Таким образом, по сути, только точное наименование арбитража может являться единственным существенным условием арбитражной оговорки. В отдельных случаях решить вопрос об индивидуализации арбитражного органа можно также на основании Европейской конвенции.

Крайне неудачными с точки зрения юридической техники представляются нормы [подпунктов 1\) и 2\) п. 4 ст. 9](#) нового Закона об арбитраже. Что означает намерение сторон о передаче спора в арбитраж? Что значит указание предмета, который подлежит рассмотрению арбитражем?

Возьмем, к примеру, типовую арбитражную оговорку Казахстанского Международного Арбитража, которая не сильно отличается от аналогичных оговорок, рекомендуемых как иностранными, так и казахстанскими арбитражными институтами:

«Любые споры и/или разногласия, возникающие из настоящего контракта (договора) или в связи с ним, подлежат окончательному урегулированию в Казахстанском Международном Арбитраже в соответствии с действующим Регламентом.

Состав Арбитража будет включать [одного/трех] арбитров.

Место проведения арбитражного разбирательства[указать].

Языком арбитражного разбирательства будет [.....] язык.

Настоящий контракт (договор) регулируется нормами материального права[указать]».

Где здесь намерение сторон о передаче спора в арбитраж и где предмет, который подлежит рассмотрению арбитражем?

Неясно, что понимается под предметом и как его указывать, когда стороны при заключении арбитражного соглашения не знают и не могут знать, в отношении чего у них возникнет спор. Если имеется в виду договор между сторонами, то арбитражное соглашение обычно включается как отдельный пункт в договор или заключается как неотъемлемое приложение к договору. И что надо в нем указывать?

Возможно, предмет - это любые споры и/или разногласия, возникающие из контракта (договора) или в связи с ним, передаваемые на рассмотрение КМА.

А как быть с намерением? Разве сам факт определения места рассмотрения спора не выражает такое намерение? Это словесный мусор. Как намерение должно быть сформулировано сторонами арбитражной оговорки? Как оно должно быть выражено? Означает ли это, что стороны должны в оговорке прямо указать, что они **намерены** передать спор на окончательное разрешение в КМА, для того, чтобы соблюсти требования, предусмотренные [п. 4 ст. 9](#) нового Закона об арбитраже, под страхом признания арбитражной оговорки незаключенной в случае отсутствия слова «намерены»? Но это же абсурд!

Что касается согласия уполномоченного органа, то в соответствии с [п. 10 ст. 8](#) нового 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.

Из текста приведенной нормы не ясно, является ли выданное согласие безотзывным либо уполномоченный орган при определенных условиях вправе отозвать его? При экспертизе проекта нового Закона об арбитраже мы в принципе неоднократно выступали против включения данной нормы, поскольку фактически она вводит новые ограничения для АО и ТОО с государственным участием на рассмотрение споров в арбитраже. Кроме того, уполномоченный орган в любой момент может, как дать такое разрешение, так и отозвать его. Например, при заключении арбитражного соглашения уполномоченный орган дал согласие, а в последующем при рассмотрении спора, ему что-то не понравилось, или он понимает, что государственный орган, государственное предприятие или юридическое лицо с участием государства возможно проиграет дело в арбитраже, уполномоченный орган может отозвать согласие. Что тогда? Нельзя дело рассматривать в арбитраже.

Практикующими юристами уже высказаны опасения относительно того, каким образом можно заранее спрогнозировать размер арбитражных расходов и каким образом требование п. 10 ст. 8 нового Закона об арбитраже впоследствии может повлечь за собой споры о действительности согласия уполномоченного органа^[5].

Таким образом, необоснованно расширенный перечень существенных условий арбитражного соглашения противоречит международной практике, когда и Европейская конвенция, и [Нью-Йоркская конвенция](#) о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г. (далее - Нью-Йоркская конвенция), наоборот, стремятся к минимизации требований к арбитражной оговорке.

Единственно необходимым и достаточным является [подпункт 3\) п. 4 ст. 9](#) Закона: указание конкретного арбитража. Все остальное породит только путаницу и ненужные споры. На практике эффект от введения данной нормы нового Закона об арбитраже будет резко отрицательным - появится масса арбитражных соглашений, которые надо будет считать незаключенными. А, как известно, проблема соотношения незаключенных и недействительных сделок (договоров) одна из наиболее сложных цивилистических проблем, вызывающих массу научных дискуссий и проблем на практике.

3.2. Односторонний отказ от арбитражного соглашения

Согласно [п. 5 ст. 9](#) нового Закона об арбитраже стороны имеют право до возникновения спора в одностороннем порядке в соответствии со [ст. 404](#) Гражданского кодекса Республики Казахстан отказаться от арбитражного соглашения, уведомив об этом вторую сторону в разумные сроки.

При экспертизе проекта нового Закона об арбитраже мы неоднократно предупреждали, что этого делать нельзя ни в коем случае. Это подрывает сами основы арбитражного соглашения! Сам смысл арбитражного соглашения состоит именно в его нерушимости, невозможности расторгнуть его ни при каких обстоятельствах.

В гражданском праве односторонний отказ от договора рассматривается как нечто исключительное, при наличии серьезных оснований. Здесь таких оснований не усматривается.

Арбитражное соглашение в серьезных контрактах рассматривается как важная часть переговорного процесса. И, зачастую, это является предметом длительных переговоров и взаимных уступок. Предоставление сторонам права на односторонний отказ даст преимущество недобросовестным сторонам и жуликам. Это серьезно повлияет на привлечение инвестиций, что идет вразрез с политикой Президента.

Представим себе многомиллионный контракт с рассмотрением в международном арбитраже. И наша недобросовестная сторона перед рассмотрением спора отказывается от арбитража и подает иск в местный суд, где она уже обо всем договорилась. И пойдет ли инвестор в такую страну, где его могут «кинуть» с разрешения закона? Это только один аспект проблемы. Есть еще масса других. Необходимо отказаться от такой нормы, порождающей узаконенное беззаконие.

Более того, не ясно как определять момент возникновения спора? Является ли он моментом, когда одна из сторон направляет другой стороне претензию либо он связан с моментом направления иска в арбитраж?

Казахстанскими юристами проводится критический анализ возможных крайне негативных последствий применения на практике нормы нового Закона об арбитраже об одностороннем отказе от арбитражной оговорки, что повлечет за собой отказ от обращения в казахстанские арбитражи^[6].

В конечном итоге данная норма негативным образом повлияет и на Международный арбитражный центр Республики Казахстан, который создается на основе «Ста конкретных шагов».

3.3. Арбитражная палата Казахстана

В соответствии с [главой 2](#) нового Закона об арбитраже в РК будет создана Арбитражная палата Казахстана (далее - Арбитражная палата) - некоммерческая организация, представляющая собой объединение постоянно действующих арбитражей, арбитров, создаваемое в целях обеспечения благоприятных условий для реализации, стимулирования и поддержки деятельности арбитражей в Республике Казахстан в порядке, установленном законодательными актами Республики Казахстан.

Мы убеждены, что в этом нет никакой необходимости. Кроме того, арбитры - это не адвокаты или нотариусы, которые должны быть членами соответствующих коллегий или палат и иметь лицензии.

Во всем мире арбитражные палаты представляют собой добровольные некоммерческие саморегулируемые объединения. И до введения в действие нового Закона об арбитраже при желании постоянно действующие арбитражи вполне могли образовать соответствующую арбитражную ассоциацию на основе норм [ст. 110](#) Гражданского кодекса РК. Для этого не нужно было предусматривать в Законе об арбитраже никаких норм об Арбитражной палате.

Отдельные полномочия, которыми в соответствии со [ст. 12](#) нового Закона об арбитраже наделена Арбитражная палата, противоречат принципам арбитражного

разбирательства. Так, например, нормы п. 2) ст. 12 о мониторинге хранения дел в постоянно действующих арбитражах, [п. 2 ст. 16](#) о том, что контроль за хранением дел постоянно действующими арбитражами осуществляет Арбитражная палата, и п. 5) ст. 12 об утверждении правил хранения дел в постоянно действующих арбитражах противоречат Закону, поскольку нарушают сразу несколько принципов, в частности принцип конфиденциальности, а также принцип недопустимости вмешательства в деятельность арбитража.

Закон наделяет Арбитражную палату фактически функциями контроля в отношении хранения арбитражных решений, которые вообще никого, кроме сторон не касаются. Любой контроль - это прямое вмешательство в деятельность арбитража.

Более того, [п. 5 ст. 12](#) нового Закона об арбитраже противоречит [п. 2 ст. 16](#) этого же Закона, поскольку в соответствии с последним пунктом постоянно действующий арбитраж осуществляет хранение дел по рассмотренным спорам в порядке, определенном его регламентом, а не правилами, утвержденными Арбитражной палатой.

Поскольку новый Закон об арбитраже не содержит императивных норм о том, что все действующие на территории РК институциональные арбитражи должны быть членами Арбитражной палаты, то избежать контроля со стороны Арбитражной палаты можно просто не становясь ее членом.

При обсуждении проекта нового Закона об арбитраже мы неоднократно высказывали замечания относительно отсутствия необходимости в создании Арбитражной палаты РК, а также в наделении этого органа рядом функций, противоречащих основным принципам арбитражного разбирательства.

Каждый арбитраж должен соблюдать императивные предписания Закона об арбитраже и быть независимым ни от какого государственного или общественного, профессионального органа, как традиционный казахский суд биев, бывший классическим третейским судом.

Кроме того, следует отметить, что расходы по содержанию Арбитражной палаты могут лечь на коммерческие арбитражи. В большинстве арбитражей небольшое количество рассматриваемых дел, поэтому отчислять деньги малополезному, постоянному органу мы не видим смысла.

3.4. Арбитры и Реестр арбитров

Согласно [п. 1 ст. 13](#) нового Закона об арбитраже арбитром избирается (назначается) физическое лицо, прямо или косвенно не заинтересованное в исходе дела, являющееся независимым от сторон и давшее согласие на исполнение обязанностей арбитра, достигшее возраста тридцати лет, имеющее высшее образование и стаж работы по специальности не менее пяти лет.

Данной нормой были введены более жесткие требования к возрасту арбитра (возраст был увеличен с 25 до 30 лет) и стажу работы по специальности.

Кроме того, в соответствии со [ст. 15](#) нового Закона об арбитраже предусматривается ведение реестра арбитров - базы данных, содержащей сведения об арбитрах, осуществляющих свою деятельность на территории Республики Казахстан.

Реестр арбитров должен содержать фамилию, имя, отчество (если оно указано в документе, удостоверяющем личность) арбитра, опыт работы с указанием места работы, должности и периода работы, ученую степень и ученое звание (при наличии), количество рассмотренных дел.

Правила ведения и использования реестра арбитров утверждаются Арбитражной палатой и она же в соответствии с п. 4) ст. нового Закона об арбитраже уполномочена на ведение реестра арбитров постоянно действующих арбитражей, а также арбитров, являющихся членами Арбитражной палаты.

Чем вызвана необходимость в данной статье, если постоянно действующие арбитражи и так обязаны вести реестр своих арбитров? К чему такой бюрократизм в отношении Арбитражной палаты? Список арбитров всегда носит лишь рекомендательный характер. Арбитром может быть и лицо, которое не включено ни в один из списков постоянно действующих арбитражных институтов. Достаточно того, чтобы лицо, избранное сторонами арбитром, отвечало императивным требованиям к арбитрам, предусмотренным Законом. И все! Никакого включения в список арбитров при этом не нужно.

Что значит «арбитр, осуществляющий свою деятельность на территории РК»? Арбитр - это не нотариус или адвокат. И никакую деятельность, в том числе и «арбитражную» он на территории РК не ведет. Лицо становится арбитром, только тогда, когда его изберут или назначат таковым, и только на время арбитражного разбирательства. При арбитраже adhoc положения [ст. 16](#) нового Закона вообще нелепы. Никто, кроме самих сторон, не знает и не должен знать о том, что какое-то физическое лицо выступило в данном споре арбитром.

3.5. Сроки подготовки дела к арбитражному разбирательству

В соответствии со [ст. 35](#) нового Закона об арбитраже подготовка дел к арбитражному разбирательству должна быть проведена не позднее пятнадцати календарных дней со дня принятия заявления, если иной срок не установлен регламентом или соглашением сторон. В исключительных случаях по делам особой сложности этот срок может быть продлен до одного месяца по мотивированному определению арбитража.

Споры рассматриваются и разрешаются арбитражем в срок до двух месяцев со дня окончания подготовки дела к арбитражному разбирательству, если иной срок не установлен регламентом или соглашением сторон.

Установленные сроки могут быть продлены арбитражем, исходя из сложности рассматриваемого спора.

Если арбитр необоснованно задерживает арбитражное разбирательство, стороны имеют право ходатайствовать об его отводе и назначении нового арбитра.

На наш взгляд, это статья нового Закона об арбитраже - полная нелепость. Разработчики явно заимствовали статью из ГПК и просто включили ее в законопроект.

Как известно, арбитраж от государственных судов отличается кроме всего прочего еще и сроками. Точнее, тем, что в арбитраже нет и не должно быть таких же жестких сроков, как в ГПК. Арбитраж может и очень быстро рассмотреть спор, а может и очень долго. Главное - это разобраться в деле и вынести правильное решение. Кроме того, вопрос о сроках (за исключением отдельных императивных норм, прямо предусмотренных Законом об арбитраже) всегда решается в регламентах постоянно действующих арбитражей.

3.6. Применимое право

Много замечаний при экспертизе проекта нового Закона об арбитраже вызывала статья относительно применимого права.

Согласно [п. 1 ст. 44](#) нового Закона об арбитраже арбитраж разрешает спор в соответствии с нормами права, которое стороны избрали в качестве применимого в рассмотрении спора. Любое указание на право или систему права какого-либо государства должно толковаться как непосредственно отсылающее к материальному праву этого государства, а не к его коллизионным нормам.

При рассмотрении спора между физическими и (или) юридическими лицами Республики Казахстан, а также одной из сторон которого являются 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, применяется законодательство Республики Казахстан, если иное не установлено международными договорами, ратифицированными Республикой Казахстан.

Часть вторая п. 1 ст. 44 нового Закона об арбитраже предусматривает обязательное применение законодательства Республики Казахстан в двух случаях:

1) когда сторонами спора являются физические и (или) юридические лица Республики Казахстан;

2) когда одной из сторон спора являются 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.

Однако во втором случае указанная норма противоречит Конституции Республики Казахстан, а также Гражданскому кодексу, поскольку фактически содержит запрет на выбор иностранного права соглашением сторон, обязывая при рассмотрении споров с участием государственных органов, государственных предприятий, а также юридических лиц, пятьдесят и более процентов голосующих акций (долей участия в уставном капитале), которых прямо или косвенно принадлежат государству, применять исключительно законодательство Республики Казахстан, если иное не установлено международным договором.

Почему ТОО или АО с государственным участием, заключая внешнеэкономический договор с нерезидентом, должно быть связано исключительно законодательством Республики Казахстан, и не вправе по соглашению с контрагентом выбрать в качестве применимого к данному договору иностранное право? Если даже в таком договоре стороны не указали применимое право, то применимое право будет определяться в соответствии с [п. 1 ст. 1113](#) ГК. Часть вторая п. 1 ст. 44 законопроекта просто не будет применяться, поскольку Гражданский кодекс является нормативным правовым актом более высокого уровня, чем Закон об арбитраже.

Что касается первого случая, предусмотренного [п. 1 ст. 44](#) нового Закона об арбитраже, то вопрос о том, могут ли два физических или юридических лица Республики Казахстан в отношениях между собой применять иностранное право, является спорным и требует определенных пояснений.

В соответствии с [п. 1 ст. 4](#) Конституции РК действующим правом в Республике Казахстан являются нормы Конституции, соответствующих ей законов, иных нормативных правовых актов, международных договорных и иных обязательств Республики, а также нормативных постановлений Конституционного Совета и Верховного Суда Республики.

Иностранное право на территории РК может применяться тогда, когда это допускается нормативными правовыми актами РК. Так, например, согласно [п. 1 ст. 1084](#) Гражданского кодекса право, подлежащее применению к гражданско-правовым отношениям с участием иностранных граждан или иностранных юридических лиц либо осложненным иным иностранным элементом, определяется на основании настоящего Кодекса, иных законодательных актов, международных договоров, ратифицированных Республикой Казахстан и признаваемых международных обычаев.

Таким образом, выбор сторонами в качестве применимого права иного, чем право Республики Казахстан, возможен в силу принципа автономии воли сторон, действующего в международном частном праве при регулировании гражданско-правовых отношений, осложненных иностранным элементом.

Иностранный элемент - понятие достаточно условное. Иностранные элементы подразделяются на три группы в зависимости от того, к какому структурному элементу правоотношения они относятся:

1) по субъекту правоотношения: оно становится международным, если его участниками выступают юридические и физические лица разных стран;

2) по объекту правоотношения: оно становится международным, если возникает по поводу имущества, находящегося за рубежом;

3) по юридическим фактам: правоотношение становится международным, если юридический факт имел место за границей^[7].

Из такого понимания иностранного элемента следует, что теоретически, например, два казахстанских физических или юридических лица вправе выбрать в качестве применимого права по договору, предметом которого будет выступать имущество, находящееся за пределами Казахстана, иностранное право.

Однако в случае, если стороны при этом заключили арбитражное соглашение, то на практике может возникнуть коллизия, поскольку с одной стороны, [ст. 1084](#) ГК допускает возможность выбора иностранного права, но с другой стороны, п. 1 ст. 44 нового Закона об арбитраже предписывает арбитражу при разрешении подобного спора руководствоваться не нормами избранного сторонами иностранного права, а исключительно казахстанским правом.

3.7. Необоснованное расширение оснований для отмены арбитражного решения

[Пункт 1 ст. 52](#) нового Закона об арбитраже предусматривает два новых основания для отмены арбитражного решения.

Так, согласно п. 1 указанной статьи для отмены арбитражного решения судом сторона, заявляющая ходатайство об отмене, должна представить доказательства о том, что:

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;

6) арбитражное решение не отвечает требованиям о письменной форме и подписи, предусмотренным в [ст. 48](#) настоящего Закона.

Однако подобное расширение оснований противоречит положениям [Типового закона ЮНСИТРАЛ](#) о международном торговом арбитраже, а также [ст. IX](#) Европейской конвенции.

Кроме того, не ясно как арбитражное решение может не отвечать требованиям о письменной форме, предусмотренной ст. 48 нового Закона об арбитраже? Устного арбитражного решения просто быть не может.

В связи с этим указанные подпункты необходимо исключить из нового Закона об арбитраже.

3.8. Необоснованное расширение оснований для отказа в признании и (или) приведении в исполнение арбитражного решения

Согласно [п. 1 ст. 57](#) нового Закона об арбитраже 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;

вынесение арбитражного решения стало возможным в результате совершения уголовного правонарушения, установленного вступившим в законную силу приговором суда.

Указанные основания также предусмотрены подпунктом [1\) п. 1 ст. 255](#) Гражданского процессуального кодекса в качестве оснований для отказа в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение арбитражных решений, вынесенных казахстанскими арбитражами. Причем по этим же основаниям в силу прямой отсылки, предусмотренной [ст. 504](#) ГПК, может быть отказано в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение арбитражных решений, вынесенных иностранными арбитражами.

Однако 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 судей государственных судов.

Указанные основания должны быть исключены как из нового Закона об арбитраже, так и из ГПК.

4. Предложения КМА и НИИ частного права по совершенствованию нового Закона об арбитраже

Научно-исследовательский институт частного права Каспийского университета и Казахстанский Международный Арбитраж неоднократно направляли свои замечания и предложения по проекту Закона об арбитраже как его разработчику - Министерству юстиции, так и в Мажилис Парламента РК. Однако разработчик практически не учел представленные замечания по существу, ограничившись лишь исправлением явных ошибочных положений.

После кропотливой работы над законопроектом, длящейся в течение более полутора лет, нам удалось убедить депутатов Мажилиса Парламента РК в необходимости учета замечаний и предложений НИИ частного права и КМА по законопроекту.

На основе фундаментальных научных разработок НИИ частного права в сфере частного права и международного коммерческого арбитража, с учетом обширного практического опыта проведения КМА арбитражных разбирательств, в целях приведения законопроекта в соответствие с Типовым законом ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже, Европейской конвенцией, Нью-Йоркской конвенцией в декабре 2015 года нами была разработана и представлена в Мажилис сравнительная таблица с предложениями по конкретной редакции большей части норм законопроекта с приведением соответствующих обоснований на 75 страницах.

Однако из-за досрочного самороспуска Мажилиса Парламента РК эта таблица с замечаниями и предложениями не успела пройти обсуждение в Мажилисе. В результате, как нам стало известно, в Сенат Парламента РК был передан Законопроект в редакции разработчика, без учета проведенных по нему обсуждений в Мажилисе Парламента РК.

Поскольку указанные нами замечания и предложения практически не были учтены, они до сих пор остаются актуальными в отношении нового Закона об арбитраже.

На наш взгляд, для успешного развития арбитража в Казахстане помимо, устранения всех недостатков нового Закона об арбитраже, проанализированных в настоящей статье, необходимо также решить следующие проблемы.

4.1. Неверная методологическая основа

Новый Закон об арбитраже построен на неверной методологической основе. Задача состояла в объединении двух Законов, но не в ликвидации двух видов арбитража: международного коммерческого арбитража и третейского суда. Такое разграничение объективно существует и от него нельзя отказываться. Особенно ярко такие отличия видны в вопросах применимого права.

Отдельные статьи законопроекта представляют собой не что иное, как механическое объединение статей ранее действовавших в Казахстане Законов о третейских судах и о

международном коммерческом арбитраже без учета объективно существующей специфики третейского суда и международного коммерческого арбитража.

На наш взгляд, при разработке нового Закона об арбитраже можно было бы использовать положения шведского Закона об арбитраже (Закон (SFS1999: 116) «Об арбитраже», вступил в силу с 01 апреля 1999 года)[8], в котором сначала даются общие положения (арбитражное соглашение, арбитры, арбитражное разбирательство, арбитражное решение, недействительность и отмена арбитражного решения, арбитражные расходы, подсудность и сроки давности), а затем выделяется раздел «Международный арбитраж», в котором ст. 45 гласит:

«Настоящий Закон применяется к арбитражным разбирательствам, имеющим место в Швеции, независимо от наличия в споре международного элемента».

Таким образом, применительно к Закону РК об арбитраже можно было вначале изложить общие проблемы по структуре, примерно соответствующей структуре шведского Закона об арбитраже, а затем включить в него раздел: «Международный коммерческий арбитраж», где сформулировать особенности рассмотрения дел в международном коммерческом арбитраже, в частности, вопросы применимого права.

4.2. Приведение терминологии Закона об арбитраже в соответствие с Типовым законом ЮНСИТРАЛ

Согласно [подпункту 3\) ст. 2](#) нового Закона об арбитраже под арбитражем понимается арбитраж, образованный специально для рассмотрения конкретного спора, или постоянно действующий арбитраж. Однако в данном определении заложена одна существенная ошибка. Дело в том, что при анализе и адаптации норм Типового закона большинство исследователей приходят к какому-то единообразному, но неправильному пониманию деления арбитражных судов на: постоянно действующие и созданные для рассмотрения конкретного спора. Но этого в Типовом законе и близко нет. В Типовом законе, и это правильно, ни о каких постоянно действующих арбитражных судах речи не идет.

Согласно [ст. 2](#) Типового закона «арбитраж» означает любой арбитраж, независимо от того осуществляется ли он постоянным арбитражным учреждением или нет (см. подпункт а), а «арбитражный суд» означает единоличного арбитра или коллегия арбитров (см. подпункт б).

Таким образом, в Типовом законе есть такая категория, как постоянно действующее 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.

Например, Казахстанский Международный Арбитраж, являясь постоянно действующим арбитражным институтом, только содействует сторонам в организации и проведении арбитражных (третейских) разбирательств, выполняя так называемые функции по администрированию. Само рассмотрение споров проводят и, соответственно, выносят решение арбитры - состав арбитража либо единоличный арбитр, избранные самими спорящими сторонами по каждому конкретному делу. Вот этот состав арбитража или единоличный арбитр и есть арбитражный суд в том значении, которое используется в Типовом законе. И лишь в отдельных случаях, когда стороны по каким-то причинам не реализуют свое право на выбор арбитров, таковых назначает КМА в соответствии с Арбитражным регламентом.

Наряду с термином «учреждение» для обозначения такого постоянно действующего посредника нередко используется термин «институт». Например, во всем мире широко известен постоянно действующий Арбитражный институт Торговой палаты г. Стокгольма.

В соответствии с Типовым законом нет разницы, создан арбитражный суд сторонами спора или этим посредником, который в Типовом законе обозначен как постоянно действующее арбитражное учреждение (но никак не постоянно действующий арбитражный суд). Постоянно действующего арбитражного суда нет - нет какого-то конкретного состава арбитров, который постоянно действует и постоянно непрерывно рассматривает споры сторон арбитражного соглашения, которые к нему обращаются. В каждом конкретном споре стороны образуют конкретный состав арбитров - арбитражный суд, и всегда это для рассмотрения конкретного спора.

Отличие арбитражного суда *ad hoc* только в одном - он образуется непосредственно сторонами спора, стороны спора сами все решают, организуют, согласовывают место и время рассмотрения спора, порядок расчетов с арбитрами, покрывают все расходы и так далее, все по соглашению сторон или по правилам, предусмотренным законом (могут даже по этому поводу и посудиться по вопросам, выходящим за пределы арбитражной оговорки, в суде, а в пределах арбитражной оговорки все решит арбитражный суд).

При обращении в постоянно действующее арбитражное учреждение арбитров также выбирают стороны арбитражного соглашения, состав арбитров также рассматривает конкретный спор, единственное, что все организационные вопросы за плату решает это постоянно действующее арбитражное учреждение - предоставляет список рекомендуемых арбитров, не обязательный для сторон спора, устанавливает правила гонораров для избранных арбитров, предоставляет место рассмотрения спора, если стороны не выберут иное, осуществляет все организационные вопросы - предупреждают и извещают стороны о месте и времени проведения заседания, выдают копии решений и т.д.

Поэтому в новом Законе об арбитраже следовало бы правильно обозначить посредника и назвать его не постоянно действующим арбитражем, а постоянным арбитражным учреждением (либо институтом, чтобы не смешивать с предусмотренной Гражданским кодексом РК такой организационно-правовой формой некоммерческих юридических лиц, как учреждение).

Для разграничения с арбитражным судом *ad hoc* надо просто в отдельных нормах Закона об арбитраже (как в Типовом законе) указывать, что какие-то правила закона (например, об арбитражном суде, как составе арбитров - см. [подпункт а\) ст. 2](#) Типового закона) действуют вне зависимости от того, образован арбитраж постоянным арбитражным учреждением или непосредственно сторонами спора.

Таким образом, нужно исходить из того, что существует:

- а) арбитраж - как процедура рассмотрения спора,
- б) арбитражный суд - как состав арбитров (либо единоличный арбитр), рассматривающий конкретный спор,
- в) постоянное арбитражное учреждение (либо институт) - как посредник, содействующий процессу рассмотрения спора, то есть арбитражу.

При этом арбитражный суд может быть создан непосредственно сторонами спора, без обращения к постоянному арбитражному учреждению, и он ничем не отличается от арбитражного суда, созданного постоянным арбитражным учреждением при обращении к нему сторон арбитражного соглашения.

Именно такую терминологию следовало бы использовать в новом Законе об арбитраже.

4.3. Частные замечания

Более частные замечания по совершенствованию нового Закона об арбитраже сводятся к следующим:

- 1) необходимо уточнить нормы ст. 17 Закона относительно отвода арбитра. Так, например, согласно [п. 2 ст. 17](#) в качестве оснований для отвода арбитра являются также

следующие обстоятельства, вызывающие сомнение в его беспристрастности и (или) компетентности, если:

арбитр получил или потребовал вознаграждение в связи с рассмотрением данного дела, не предусмотренное настоящим Законом (см. подп. 4);

арбитр необоснованно не соблюдает сроки арбитражного разбирательства (см. подп. 5).

При применении данной нормы возникает два простых вопроса. Во-первых, как доказать факт получения или требования арбитра о выплате вознаграждения в связи с рассмотрением данного дела, не предусмотренного Законом об арбитраже. И, во-вторых, в чем заключается практический смысл применения нормы об отводе арбитра, необоснованно не соблюдающего сроки арбитражного разбирательства? Ведь в случае удовлетворения заявления сторон об отводе арбитра все процедуры, связанные с выбором арбитров, а также все проведенные ранее слушания придется проводить заново, что еще больше затянет сроки арбитражного разбирательства;

2) в соответствии с [п. 1 ст.18](#) нового Закона об арбитраже в случае разногласий относительно какого-либо из оснований, указанных в части первой настоящего пункта, любая сторона может обратиться к руководителю постоянно действующего арбитража с ходатайством о принятии решения относительно прекращения полномочий арбитра.

Решение относительно прекращения полномочий арбитра не подлежит отмене.

Данная норма нуждается в существенном изменении. Дело в том, что кроме единоличного руководителя (председателя), в некоторых арбитражных учреждениях есть еще коллегиальные органы (советы), которые в соответствии с Регламентом уполномочены рассматривать ходатайства сторон об отводе, а также назначать председателя состава арбитража. Например, в МКАС при ТПП РФ и других арбитражах. Поэтому вместо руководителя точнее использовать термин «руководство».

Под решением в арбитраже всегда понимается решение по существу спора, по всем иным вопросам выносятся определения, которые не отменяются. Отменены могут быть только решения по существу спора и только по основаниям, предусмотренным Законом об арбитраже и ГПК, и только в порядке, предусмотренном ГПК;

3) ряд статей нового Закона об арбитраже излишне подробно регулирует вопросы протокола заседания арбитража, в частности, речь идет о [ст. ст. 36, 37, 38](#). К примеру, п. 2 ст. 36 содержит 12 существенных моментов разбирательства дела, подлежащих обязательному отражению в протоколе. Налицо явная тенденция к так называемой излишней «судоизации» арбитражного разбирательства.

На наш взгляд, данные статьи можно либо исключить полностью, либо распространить их нормы исключительно на арбитражные разбирательства между казахстанскими юридическими и физическими лицами. Например, Типовой закон, а также ранее действовавший Закон о международном арбитраже, в отличие от ранее действовавшего Закона о третейских судах, не содержал никаких положений относительно протокола заседания суда, что в целом соответствует международной практике.

При рассмотрении дел в государственных судах протокол судебного заседания имеет прежде всего значение письменного доказательства, поскольку предполагается возможность последующего обжалования судебных актов, принимаемых нижестоящими государственными судами. Для арбитража протокол, по сути, и не нужен;

4) [статья 43](#) нового Закона об арбитраже посвящена регулированию вопросов обеспечения расходов, связанных с разрешением споров в арбитраже. Между тем эти вопросы должны решаться не в императивном порядке, а в диспозитивном. И либо в Регламентах постоянных арбитражных институтов, либо по соглашению сторон арбитраже adhoc. Поэтому, на наш взгляд, эта статья должна быть исключена из Закона об арбитраже;

5) согласно [п. 1 ст. 46](#) нового Закона об арбитраже, если стороны урегулируют спор в ходе арбитражного разбирательства, в том числе в порядке медиации, за исключением случаев, предусмотренных законодательством Республики Казахстан о медиации, арбитраж прекращает разбирательство и по просьбе сторон фиксирует это урегулирование в виде арбитражного решения на согласованных условиях.

Данная норма нуждается в существенном изменении. Дело в том, что по устоявшейся практике, в том числе международной, сначала стороны обращаются к медиации, а затем, если она не дает результатов, обращаются в арбитраж или государственный суд, поскольку, во всем мире, соглашение о разрешении спора в порядке медиации не обеспечивается принудительным исполнением со стороны государства. Это другой вид альтернативного разрешения споров. Полагаем неприемлемым приравнивать соглашение о разрешении спора в порядке медиации к решению арбитража на согласованных условиях.

Вместо заключения. В целом следует отметить, что новый Закон об арбитраже, к сожалению, не оправдал тех ожиданий, которые были связаны с ним. Закон об арбитраже необходимо максимально приблизить к [Типовому закону ЮНСИТРАЛ «О международном торговом арбитраже»](#), исключив из него различные нововведения по сравнению с Типовым законом, так как все эти нововведения ухудшат правовое положение казахстанских арбитражей по сравнению с иностранными международными коммерческими арбитражами тех стран, где действующие законы приняты на основе Типового закона.

В противном случае уже в самое ближайшее время будет достигнута прямо противоположная цель - положение арбитражей в Казахстане может быть значительно ухудшено, что отбросит их в своем развитии еще на шаг назад.

[1] Подробнее см.: Басин Ю., Сулейменов М. Прокуратура и арбитражный (третейский) суд // предприниматель и право. 2001. № 8; Сулейменов М.К. Арбитражные (третейские) суды в Казахстане: прошлое, настоящее, будущее. Алматы: КМА, НИИ частного права, 2007. С. 39-42.

[2] Скворцов О.Ю. Третейское разбирательство предпринимательских споров в России: проблемы, тенденции, перспективы. Москва: ВолтерсКлувер, 2005. С. 358-359.

[3] Басин Ю.Г. Порядок разрешения споров между участниками внешнеэкономических сделок // Право и внешнеэкономическая деятельность в Республике Казахстан / Отв. ред. М.К. Сулейменов. Алматы: КазГЮА, 2001. С. 419.

[4] Республика Казахстан присоединилась к Европейской конвенции о Внешнеторговом арбитраже в соответствии с Указом Президента Республики Казахстан от 4 октября 1995 года № 2484 «О присоединении Республики Казахстан к Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже, принятой в городе Женеве 21 апреля 1961 года».

[5] См., например, Тукулов Б.А. Новый Закон Республики Казахстан «Об арбитраже»: внимание некоторым проблемным моментам. Опубликовано 27 мая 2016 г.: <https://www.zakon.kz/4795629-novyjj-zakon-respubliki-kazakhstan-ob.html>

[6] См., например, Тукулов Б.А. Новый Закон Республики Казахстан «Об арбитраже»: внимание некоторым проблемным моментам. Опубликовано 27 мая 2016 г.: <https://www.zakon.kz/4795629-novyjj-zakon-respubliki-kazakhstan-ob.html>

[7] См. подробнее: Сулейменов М.К. Комментарий к статье 1084 Гражданского кодекса РК // В кн. Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть). Комментарий (постатейный). В 2-х книгах. Кн. 2. / Отв. ред.: М.К. Сулейменов, Ю.Г. Басин. Алматы: Жетіжарғы, 2006. С. 644.

[8] См.: Андерссон Ф., Исаксон Т., Юханссон М., Нильсон У. Арбитраж в Швеции. Пер. с англ. М.: Статут, 2014. (Приложение 1. С. 197-217).

1 июня 2016, 13:54

Источник: Дуйсенова А.Е., Сулейменов М.К.