

# В ПОДДЕРЖКУ ТРЕТЕЙСКИХ ПРОЕКТОВ МИНЮСТА

## Оглавление

1. «Все смешалось в доме Третейских» или проблемы российской третейской сферы как гордиев узел экономических и идеологических устремлений.
2. Поддержка проектов в целом, но не с юридико-технической точки зрения (хотя и с оговоркой по поводу их непоследовательности в отношении понятия «услуги»).
3. Некоторые важные недоговоренности и преувеличения у критиков проектов.
4. Противоречащие друг другу интересы государства и прочих игроков третейской сферы, включая экономические. Выявление истинных мотивов некоторой критики.
5. О длинной конечности властей, тянущейся к третейской сфере, чтобы попать свободы в ней.
6. Чрезмерность предлагаемого протекционизма в отношении известных иностранных арбитражных центров.
7. В чем еще с критиками проектов можно согласиться.
8. Непроработанность проектов Минюста в свете обязательств России как члена ВТО.
9. Прочие недостатки в проектах.
10. Желательность закрепления в проекте закона «О третейских судах и арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» минимальной доли гонорарного сбора в арбитражном сборе.
11. Судьбы МКАС при ТПП РФ и МАК при ТПП РФ в свете проектов.
12. Проекты Минюста как «обманка»? Нереалистичность принятия этих проектов.
13. Финально: еще критика критики.
14. Суперфинально: потенциальная критика позиции А.И. Муранова с ответами на нее.

17 января 2014 г. Минюст РФ опубликовал на Едином портале для размещения информации о разработке федеральными органами исполнительной власти проектов нормативных правовых актов и результатов их общественного обсуждения 4 проекта федеральных законов ([http://regulation.gov.ru/search\\_npa.html#!filter\[on\\_page\]=10&p=1&filter\[foiv\\_id\]=46&filter\[industry\\_id\]=13&filter\[resolution\]=851|421|373|1318|13182&filter\[date\\_fr\\_om\]=2014-01-17&filter\[dateto\]=2014-01-17](http://regulation.gov.ru/search_npa.html#!filter[on_page]=10&p=1&filter[foiv_id]=46&filter[industry_id]=13&filter[resolution]=851|421|373|1318|13182&filter[date_fr_om]=2014-01-17&filter[dateto]=2014-01-17)):

Федерального конституционного закона «О внесении изменений в Федеральный конституционный закон „Об арбитражных судах в Российской Федерации“ в связи с принятием Федерального закона „О третейских судах и арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации“»;

Федерального закона «О внесении изменений в части первую и вторую Налогового кодекса Российской Федерации»;

Федерального закона «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона „О третейских судах и арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации“»;

Федерального закона «О третейских судах и арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации».

Проекты весьма важные, само собой, как для бизнеса вообще (но не всего, конечно, а скорее для крупного и среднего), так и для юридического сообщества (но также отнюдь не всего), не говоря уже о государственных судах. Эти проекты также не так уж и малозначимы даже и для успешного развития Таможенного союза (об этом ниже), в котором Россия, как показывают события на Украине, кровно заинтересована.

Но т.к. серьезный интерес к вопросам реформирования отечественной третейской сферы испытывает в относительных величинах не такое уж и большое число российских юристов, то очень уж активная публичная дискуссия по поводу таких проектов места пока что не имела и не имеет. Но кулуарно бурление мнений идет гораздо активнее, чем вовне.

Но как бы то ни было, пока проекты встретили скорее негативную реакцию уже высказавшихся открыто представителей юридического сообщества и бизнеса (далее в хронологическо-алфавитном порядке):

1) *Морозов М.* Жаль только — жить в эту пору прекрасную, уж не придется — ни мне, ни тебе... (обсуждаем проект закона «О третейских судах», опубликованный Министерством Юстиции) ([http://zakon.ru/Discussions/zhal\\_tolko\\_zhit\\_v\\_etu\\_poru\\_prekrasnuyu\\_uzh\\_ne\\_pridetsya\\_ni\\_mne\\_ni\\_tebe\\_%E2%80%A6\\_obsuzhdaem\\_proekt\\_zakona/10267](http://zakon.ru/Discussions/zhal_tolko_zhit_v_etu_poru_prekrasnuyu_uzh_ne_pridetsya_ni_mne_ni_tebe_%E2%80%A6_obsuzhdaem_proekt_zakona/10267));

- 2) *Севастьянов Г.* Узаконенные третейские суды возвращаются? ([http://zakon.ru/Blogs/One/10395?entryName=uzakonennye\\_tretejskie\\_sudy\\_vozvra-shhayutsya](http://zakon.ru/Blogs/One/10395?entryName=uzakonennye_tretejskie_sudy_vozvra-shhayutsya));
- 3) *Плешанова О.* Куда уйдут третейские суды — в офшор или в ad hoc? // Эксперты обсудили проект Минюста ([http://zakon.ru/Discussions/kuda\\_ujdut\\_tretejskie\\_sudy\\_v\\_ofshor\\_ili\\_v\\_ad\\_hoc\\_eksperty\\_obsudili\\_proekt\\_minyusta/10427](http://zakon.ru/Discussions/kuda_ujdut_tretejskie_sudy_v_ofshor_ili_v_ad_hoc_eksperty_obsudili_proekt_minyusta/10427));
- 4) *Филина С.* «Весь мир будет смеяться!» ([http://pravo.ru/court\\_report/view/101865/](http://pravo.ru/court_report/view/101865/));
- 5) *Титов С.* Михаил Фридман критикует реформу третейских судов. Михаил Фридман хочет поправить предложенную Минюстом реформу третейских судов. Она не решает проблему карманных судов и затягивает разбирательство, считает он (<http://www.vedomosti.ru/finance/news/23103151/oligarhi-vzylis-za-sudy?full>);
- 6) *Хавина А.* Третейская реформа теряет ориентацию (<http://www.eg-online.ru/article/239072/>);
- 7) *Севастьянов Г.* Законопроекты о третейской реформе — критика третейского сообщества России ([http://zakon.ru/Blogs/One/10662?entryName=zakonoproekty\\_o\\_tretejskoj\\_reforme\\_kritika\\_tretejskogo\\_soobshhestva\\_rossii](http://zakon.ru/Blogs/One/10662?entryName=zakonoproekty_o_tretejskoj_reforme_kritika_tretejskogo_soobshhestva_rossii));
- 8) *Филина С.* Третейские суды при корпорациях боятся, что их не зарегистрируют по новому закону ([http://pravo.ru/court\\_report/view/102335/](http://pravo.ru/court_report/view/102335/)).

*«Свои искренние предложения и принципиальные замечания направили все известные российские образования, так или иначе приветствующие идею эффективного развития третейского разбирательства в стране: ТПП РФ, РСПП, РЦСТР, МЦА, НТП, ЭСТС, РАА (организации перечисляю в порядке их образования) и др. Отдельные из них даже специально объединились в Постоянно действующую конференцию третейского сообщества, которая будет существовать до момента принятия этих законов, чтобы выразить консолидированную позицию, прежде всего, по наиболее принципиальным вопросам третейской реформы. И все как один — не согласны, и все как один — критикуют. Критикуют даже те, кто раньше целиком и полностью одобрял...». Мне кажется, что Г. Севастьянов преувеличивает: критика критике рознь, если взять, например, в целом одобрительное отношение к проектам ТПП РФ. Да и у «Российской» арбитражной ассоциации неодобрение превалирует особым образом.*

Все эта критика, конечно же, не арбитрамидан (в хорошем смысле этого слова), да и далеко еще не признаки такового, но все же — противостояние серьезного свойства проектам Минюста.

Ниже я выскажу свои сугубо субъективные соображения как в отношении проектов Минюста, так и применительно к упомянутому противостоянию им, на истину и на исчерываемость не претендуя, само собой. И это будет не глубокое научное исследование, а скорее эссе, так что некоторые полемические резкости читатели мне, надеюсь, простят.

При этом в своем анализе я методологически в определенной мере руководствуюсь следующим известным высказыванием В.И. Ленина: *«люди всегда были и всегда будут глупенькими жертвами обмана и самообмана в политике, пока они не научатся за любыми нравственными, религиозными, политическими, социальными фразами, заявлениями, обещаниями разыскивать интересы тех или иных классов»* (скажу на всякий случай сразу для некоторых, что большинство его прочих идей я совсем не разделяю. Однако прагматизму в немалой степени у него поучиться можно). Только речь пойдет далее, конечно же, не о классах, а о некоторых социальных группах в третейской сфере. Однако описание всех таких интересов, и уже тем более подробно, я себе задачей не ставлю.

## 1. «ВСЕ СМЕШАЛОСЬ В ДОМЕ ТРЕТЕЙСКИХ» ИЛИ ПРОБЛЕМЫ РОССИЙСКОЙ ТРЕТЕЙСКОЙ СФЕРЫ КАК ГОРДИЕВ УЗЕЛ ЭКОНОМИЧЕСКИХ И ИДЕОЛОГИЧЕСКИХ УСТРЕМЛЕНИЙ

Нынешняя ситуация — закономерные всполохи того костра, который ранее немного тлел, но стал гореть активнее во многом даже не по самостоятельной воле самого Минюста РФ, а по указанию Правительства РФ и Президента РФ, которые, как известно, в последние два года состоянием дел в отечественной третейской сфере озаботились.

Для многих юристов, скромно вовлеченных в третейские разбирательства и не искушенных в направлениях разных подводных течений и камней на их пути, 12 декабря 2012 г. в послании Президента РФ Федеральному Собранию достаточно неожиданно прозвучали следующие слова: *«И еще один важный момент. Современное законодательство, особенно финансовое и корпоративное, очень специфично. В этой связи предлагаю проработать с партнерами — даже не проработать, а завершить его, потому что он фактически уже начался, но нужно завершить его, — вопрос о создании третейского суда Таможенного союза, который мог бы стать ведущей независимой инстанцией по рассмотрению финансовых и других споров. В целом необходимо подготовить комплекс мер по развитию третейского судопроизводства в России, причем на качественно новом уровне.*

*Хочу еще раз подчеркнуть: лучший способ сделать бизнес патриотичным — обеспечить эффективные гарантии защиты собственности и выполнения договоров, сделать привлекательной российскую юрисдикцию»* (<http://www.kremlin.ru/news/17118>).

Во-первых, третейская сфера ранее вниманием государства была обделена полностью, а тут вдруг было получено такое серьезное указание.

Во-вторых, указание это, как видно из его содержания, было достаточно непонятно-неясным, так что всерьез его многие не приняли, но посыл все же поняли, хотя и следующим образом: «Что-то происходит, но лучше подождать». Но восприняли его так только те юристы, которые с государством не связаны. Между тем, Минюст РФ начал активно действовать. Так, к началу декабря 2013 г. им уже был утвержден Комплекс мер по развитию третейского судопроизводства в Российской Федерации (к сожалению, так и не опубликованный, несмотря на все обещания Минюста РФ, хотя по содержанию это вполне интересный, а по уровню проработки проблем — весьма достойный документ). Правда, задачу по подготовке проекта концепции создания Третейского суда в рамках Таможенного союза Минюст РФ откровенно летом 2013 г. завалил (*Муранов А. Третейский суд в рамках Таможенного союза: конкретика начинается — критика проекта его создания, в том числе в свете права ВТО* ([http://zakon.ru/Blogs/One/7904?entryName=tretejskij\\_sud\\_v\\_ramkax\\_tamozhennogo\\_soy\\_uz\\_a\\_konkretika\\_nachinaetsya\\_kritika\\_proekta\\_ego\\_sozdaniya\\_v](http://zakon.ru/Blogs/One/7904?entryName=tretejskij_sud_v_ramkax_tamozhennogo_soy_uz_a_konkretika_nachinaetsya_kritika_proekta_ego_sozdaniya_v))).

Далее посыл по третейским судам прозвучал от Президента РФ с новой силой в очередном его послании 12 декабря 2013 г.: *«Хотел бы обратить внимание еще на одну проблему — механизмы разрешения хозяйственных споров по-прежнему далеки от лучших мировых практик, в том числе нам нужно серьезно повысить авторитет третейских судов.*

*Прошу Правительство совместно с РСПП и Торгово-промышленной палатой в короткие сроки разработать и внести в Госдуму законопроект о кардинальном совершенствовании третейского судопроизводства»* (<http://www.kremlin.ru/transcripts/19825>).

Комплекс мер у Минюста к этому моменту уже был готов, так что в январе 2014 г. не заставили себя ждать и проекты 4-указанных выше законов.

Все осознали серьезность ситуации и тут же начали проекты Минюста критиковать.

Хотя при чем тут Минюст сам по себе? Вряд ли он хотел по собственной инициативе реформировать многослойную и многосложную третейскую сферу в РФ. Он с

реформой адвокатуры и/или нотариата и так не успевает, а тут еще и эта специфическая забота.

Он просто действовал под давлением Президента РФ и Правительства РФ. И такому давлению три причины:

1) наконец-то проявившаяся озабоченность исполнительной власти тем, что российская юрисдикция проигрывает в глобальной конкуренции другим юрисдикциям, в том числе в третейских вопросах (давно пора было об этом подумать). С имиджем сверхдержавы как-то не очень сочетается то, что суды на территории России, включая третейские, выглядят на фоне иных иностранных судов гораздо более блекло;

2) понимание той же властью того, что одним из факторов, способствующих развитию Таможенного союза и укреплению лидирующей роли России в нем (а сегодня это одна из геополитических задач отечественных властей), может быть, в том числе, привлекательность третейского разбирательства в России. Значимость этой причины мало кто понимает, а ведь она в целом в одном ряду с интересующими всех сегодня Украиной и Крымом;

3) наложившаяся на все это заинтересованность одной из крупных российских бизнес-структур в реформировании российской третейской сферы (вроде как сведения из общедоступных источников указывают на то, что В.С. Лисин после того, как НЛМК проиграл Н.В. Максимову в 2011 г. в МКАС при ТПП РФ дело на 9,5 миллиарда рублей, лично заинтересовался тем, чтобы эту сферу преобразовать, и начал эту тему продвигать в коридорах власти, что удачно наложилось на два вышеуказанных момента).

Интересно отметить, что топливо в костер третейского реформирования изначально подкинуло в том же 2011 г. Министерство экономического развития РФ, предложившее (по инициативе третейской общественности) проект федерального закона № 583004-5 «О внесении изменений в Закон Российской Федерации „О международном коммерческом арбитраже“», который в январе 2012 г. был принят Госдумой в первом чтении. Целью этого проекта было, конечно же, совершенно иное, нежели сегодняшние проекты Минюста, но тогда все же никто даже и не предполагал, во что в конечном счете все это выльется.

Кстати, если почитать упомянутую выше критику проектов Минюста, то там почему-то подчеркивается якобы иная причина реформирования третейской сферы в России: *«Докладчики сразу отметили главную проблему, заставившую первых лиц государства говорить о реформе третейского разбирательства, — существование криминальных третейских судов. Они выносят решения по подложным документам, с нарушением процедуры, при этом дела могут касаться, например, недвижимости».*

Далеко не уверен в справедливости этого утверждения. В России слишком много иных, более серьезных злоупотреблений, нежели третейские, так что маловероятно, что власть вдруг самостоятельно последними озаботилась и решила их ликвидировать. Так что в эту причину реформирования я не верю, хотя спорить с тем, что в отечественной третейской сфере много некрасивостей, вряд ли следует.

Появ в течение 2013 г., куда начинает дуть ветер, проблематикой реформирования российской третейской сферы также озаботились такие мощные игроки в ней как РСПП и ТПП РФ, у которых свои собственные интересы.

Кроме того, коль скоро Минюст не обладал достаточными ресурсами для разработки концепции реформы и проектов законов, заинтересованные лица привлекли ему в помощь такую фирму как «Debevoise & Plimpton LLP». Сам Минюст, видимо, позвал юридическую фирму «Алруд», которая называется в прессе *«координатором работы по созданию обсуждаемых законопроектов со стороны юридического*

сообщества» (<http://www.eg-online.ru/article/239072/>). И это разумно: у юридического сообщества свои важные устремления в третейской сфере, которые ему нельзя не отстаивать.

Интересно, что тут интересы бизнес-адвокатуры и юридических фирм, к адвокату не относящихся, в целом по третейским вопросам совпадают (в отличие от вопроса о «монопольных» правах на оказание юридических услуг). При этом сама адвокатура как профессиональное образование в целом к третейским проблемам индифферентна.

Нельзя не упомянуть, что и ВАС РФ всегда испытывал подлинный интерес к третейской сфере, в чем-то ей способствуя, а в чем-то сдерживая ее развитие. Но в конце 2013 г. после принятия решения о ликвидации ВАС РФ его голос в этих вопросах сразу в целом перестал приниматься во внимание.

А ведь еще есть ряд важных третейских центров (в том числе связанных с Газпромом или со Сбербанком или с иными крупными бизнес-структурами), которые также не могли оставаться в стороне от всей этой проблематики.

Далее, имеется многочисленная расслоенная и раздробленная третейская общественность, которая хотя в целом финально ни на какие решения не влияет, но все всегда обсуждает, причем с самых разных точек зрения. При этом многие ее активные представители отстаивают, прежде всего, свои интересы, а не сообщества в целом.

Немногочисленный же арбитражный народ в целом безмолвствует.

Наконец, есть и интересы крупного бизнеса, которые РСПП и ТПП РФ не всегда выражает. А ведь есть еще средний и малый бизнес.

В итоге к началу 2014 г. все эти отдельные линии и интересы сплелись в самостоятельный клубок проблем.

Один из членов бюро правления РСПП (В.С. Лисин) и ТПП РФ проекты Минюста скорее поддерживают (первый, в том числе, финансирует их разработку, а для ТПП РФ такие проекты предлагают ряд серьезных преимуществ). Вице-президент РСПП М. Фридман их критикует. Упомянутые третейские центры, а также юридическая и третейская общественность также в целом против них восстали.

При этом у каждого из упомянутых фигурантов есть свои собственные экономические интересы, которые определяют ту или иную его идеологическую позицию применительно к проектам Минюста. Само собой, что хозяйственная мотивация одних может расходиться с экономическими стимулами других.

В итоге этот третейский клубок стал тем гордиевым узлом экономических и идеологических устремлений, который власть, возможно, при помощи проектов предпочтет для простоты разрубить, чем многие годы распутывать. И не исключено, что это не будет худшим вариантом. Тем более учитывая в целом идеологически неплохое и стратегически верное содержание проектов Минюста (в том числе с экономической точки зрения для стратегических интересов третейской сферы в целом).

## **2. ПОДДЕРЖКА ПРОЕКТОВ В ЦЕЛОМ, НО НЕ С ЮРИДИКО-ТЕХНИЧЕСКОЙ ТОЧКИ ЗРЕНИЯ (ХОТЯ И С ОГОВОРКОЙ ПО ПОВОДУ ИХ НЕПОСЛЕДОВАТЕЛЬНОСТИ В ОТНОШЕНИИ ПОНЯТИЯ «УСЛУГИ»)**

В отличие от большинства публично критикующих проекты я их поддерживаю. Именно с идеологической, методологической и стратегической точки зрения, даже если эти проекты не свободны от некоторых очень важных ошибок.

Однако я не готов их поддержать с точки зрения юридической техники: она в проектах не на нужном уровне, конечно. Для документов такой важности это недопустимо (извиняет отчасти та относительная спешка, в которой, видимо, проекты готовились). По этой причине и учитывая принципиальное согласие в целом с такими проектами, я решил при их анализе сосредоточиться именно на юридико-технических недостатках в них, не



забывая и об упомянутых важных ошибках: все желающие вникнуть в детали могут ознакомиться с ними [здесь](#)<sup>1</sup>.

А для поддержки проектов у меня есть несколько причин:

1) Это тот первый за многие годы концепт, который действительно нов, интересен и смел. В проектах заслуживает внимание, в частности, следующее новое и смелое:

снятие запрета для судей в отставке выступать арбитрами;

предложения об изменениях в законодательство о налогах и обязательных платежах, стимулирующие обращение к третейским судам;

идеи, лежащие в основе предложений об изменении в УК РФ в связи с третейским разбирательством;

предложения, например, о предотвращении конфликта интересов, об ответственности арбитражных учреждений о арбитрагов, о хранении арбитражных решений и материалов арбитражных дел.

При этом проекты в целом опираются на проверенный базис: Типовой закон ЮНСИТРАЛ. Да, проекты не идеальны, но разве критики ранее могли предложить что-то свое? Нет, они молчали: они или просто не смогли справиться с большим объемом работы, или же они предпочитали посредством бездействия не ошибаться. А ведь возможность продвигать свои идеи у них всегда была. Но скорее они просто полагали, что так серьезно смысла заниматься всем этим нет, т.к. все равно Минюсту это будет неинтересно. И в целом они правы, так что никак осуждать никого в этом плане не следует.

2) Более того, проект федерального закона «О третейских судах и арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» еще и реально очень непростой и нескучный документ. Он настолько сложный, что и его разработчики могли не понимать до конца те аспекты, что он в себе таит (да и я до сих пор не до конца могу).

При этом я имею в виду то, что интересно мне: международно-правовые аспекты проекта, его соотношение с изменениями в Закон 1993 г. о МКА, проблемы его территориального и экстерриториального действия.

Этот документ мне было просто интересно читать: мысль в нем чувствуется. Такое сегодня встретишь очень не часто. А вот чтение критики ожиданий не оправдало: какая-то она вышла плоская. И это говорит о том, что критики сложность и многослойность проектов до конца не оценили / не поняли.

3) Проекты заслуживают поддержки хотя бы за то, что они прямо объявляют услугами деятельность по организации рассмотрения споров третейскими судами (см. ст. 2 «Основные определения» и ст. 40 «Правила арбитражного разбирательства и правила оказания услуг в связи с арбитражным разбирательством» проекта федерального закона «О третейских судах и арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации»). Давно пора.

Однако, к сожалению, они на этом останавливаются, и не объявляют прямо оказанием услуг саму деятельность третейского суда, сформированного в связи с разбирательством под эгидой постоянно действующего арбитражного учреждения. И это действительно очень жаль. Тем более жаль, что последнее предложение ст. 46 «Ответственность арбитра» указанного проекта вполне ясно базируется на том, что деятельность арбитра также следует считать оказанием услуг.

Более того, и в праве ВТО, распространяющемся и на Россию, такая деятельность арбитрагов (третейского суда) также автоматически считается оказанием услуг. Это же следует и из обязательств России как члена ВТО, см. детали здесь:

---

<sup>1</sup> Я благодарен за помощь в подготовке замечаний к проектам А. Белеговой и Д. Давыденко, юристам коллегии адвокатов «Муранов, Черняков и партнеры».

[http://zakon.ru/Blogs/One/7904?entryName=tretejskij\\_sud\\_v\\_ramkax\\_tamozhennogo\\_soyuza\\_k\\_onkretika\\_nachinaetsya\\_kritika\\_proekta\\_ego\\_sozdaniya\\_v.](http://zakon.ru/Blogs/One/7904?entryName=tretejskij_sud_v_ramkax_tamozhennogo_soyuza_k_onkretika_nachinaetsya_kritika_proekta_ego_sozdaniya_v.)

Но что делать: если бы разработчики сделали и этот шаг вперед, то их тем более предали бы анафеме. В глазах многих третейско-новообращенных или же староверов признание деятельности арбитров услугами равнозначно десакрализации третейского служения, его вульгаризации (как если бы служение в православной церкви перевести на мирской язык или же обмен церковных товаров на деньги объявить в чистом виде куплей-продажей).

Нельзя также не отметить, что в России и многие нотариусы, и адвокаты, и третейские суды / судьи стыдливо отказываются признавать свою деятельность по рассмотрению спорных ситуаций услугами, «гордо» пытаясь объявить ее публично-значимой деятельностью. Конечно же, она публично-значима, но оказанием услуг от этого быть, тем не менее, не перестает.

Более того, это не просто оказание услуг, но и торговля ими. Но от развития этого тезиса лучше пока воздержусь: в России торговля издавна считается непочтенным занятием, то ли дело реализация публичных и властных функций.

Самое забавное, что и нотариусы, и адвокаты, и третейские суды / судьи за вознаграждение за сценой часто готовы серьезно бороться. А если и не готовы, то посчитать вознаграждение других совсем не против, как часто и посетовать, что у них мог бы быть и побольше гонорар. Но это говорится не в осуждение: такая ситуация более чем нормальна, только так экономические интересы и работают.

Но и это не все.

*«Арбитраж похож на секс, поскольку о нем говорят больше, чем им занимаются»* (Лукас Мистелис). Продолжу эту мысль шокирующим для многих образом (приношу извинения): а тем арбитрам, кто им занимаются, неловко публично признаваться, что они за это еще и хотят денег. Но чего тут стыдиться? И сразу замечу для ясности: они занимают в этом процессе активную позицию (это с точки зрения нюансов для кого-то может быть важно). И это не та продажность проституток, о чем некоторые могли бы сразу подумать. И не продажность альфонсов, как могли бы подумать другие.

Это та активная и серьезная работа, которая приносит бизнесу то удовлетворение, которого он ждал. Впрочем, тут опять-таки образное хромающее сравнение, которое требует снисходительности.

Но как бы то ни было, не честнее ли открыто арбитрам признать, что все они оказывают услуги за деньги? Как и адвокаты или нотариусы. 95 % из последних, кстати, с постели )) без гонорара и не встанут.

Сразу и самим арбитрам, и всем другим станет легче после отказа от идеологической иконы всех скорбящих по кончине нестяжания. Опять-таки для ясности: под нестяжанием здесь я понимаю в исторически-религиозном смысле произвольную нищету, отрицание не только земных богатств, но даже минимального имущества ради духа и некоей идеи (<http://ru.wikipedia.org/wiki/%CD%E5%F1%F2%FF%E6%E0%F2%E5%E6%E8>). И поэтому я уверен, что противниками нестяжания себя признают 100 % арбитров при такой ее схеме: арбитры к схеме не склонны.

Кстати, оказание услуг за деньги в таких действительно публично-важных сферах (третейской, адвокатской, нотариальной) не только не отменяет строгие этические стандарты для поставщиков услуг, но даже и предполагает их все более возрастающую строгость. Но почему-то об этом многие забывают, предпочитая нелогично кричать о недопустимости разъедания этических скреп денежными знаками. Напротив: чем больше укрепляешь эти скрепы (в истинно-хорошем смысле, без перехода в арбитраже к идеологии духовных скреп), тем больше таких знаков. Иной подход народ давно обозначил как «пилить сук, на котором сидишь».

К моему большому сожалению, критика тут бьет несколько мимо цели: *«Выстраивая „линию обороны“ от злоупотреблений, в расчет не берется базовое*

*условие — опора на правовую природу третейского разбирательства, которая не может быть представлена как некая гражданско-правовая услуга» (Г. Севастьянов). Проекты и не представляют само по себе третейское разбирательство как услугу: они лишь прямо объявляют услугами деятельность по организации рассмотрения споров третейскими судами.*

Но этого мало, конечно же. В итоге получается запоздалый российско-местечковый подход с претензией на то, чтобы считаться «уникальным третьим» путем, без понимания современных реалий как права международной торговли (а из нее только серьезный арбитраж и может получать питательные вещества), так и тенденций развития современного даже российского административного права, где уже и деятельность госорганов объявляется услугами (см., например, Постановление Правительства РФ от 6 мая 2011 г. № 352 «Об утверждении перечня услуг, которые являются необходимыми и обязательными для предоставления федеральными органами исполнительной власти государственных услуг и предоставляются организациями, участвующими в предоставлении государственных услуг, и определении размера платы за их оказание»).

**4)** Еще один важный момент, который ускользнул от критиков.

Проекты предлагают весьма новый подход к третейской сфере в России, они не то что совершают в ней стратегически правильный переворот, но все же пытаются расставить акценты по-иному.

Что есть сегодня отечественная третейская сфера (далее я осознанно утрирую, конечно, и преувеличиваю)? В целом совокупность третейских центров с общим пренебрежением ими интересов сообщества арбитров / отдельных арбитров. Бал в ней правят учредители / бенефициары и менеджеры таких центров, а арбитры там скорее рассматриваются как инструмент (изредка как «расходный материал», но про «пушечное мясо» утверждать не буду, само собой), позволяющий зарабатывать учредителям / бенефициарам и менеджерам (можно для патетики назвать их даже искренне «кормильцами»), которые позволяют передачу меньшей части арбитражных сборов таким арбитрам, думая нередко, что им и так многовато будет. Арбитры при этом в целом не возражают, понимая, что идти то им больше некуда, а на безрыбье и такой минимум — рыба (многие из них к тому же преподают или занимаются научной деятельностью, так что подобный доход — серьезная финансовая для них подпитка). Крайне малая часть рассчитывает на получение более крупных гонораров в западных арбитражах когда-то попозже. Другая малая группа надеется иногда попадать на арбитраж с астрономическими суммами с участием лиц типа НЛМК.

А как обстоит дело на Западе? Там арбитражные центры являются скорее организаторами-посредниками, нацеленными на обслуживание интересов бизнеса при помощи привлеченных специалистов-арбитров. Но кто делает основную работу, тот и должен получать большее вознаграждение, т.е. это арбитры. Само собой, указанные центры также о своем заработке не забывают, но все же они ведут себя честнее по отношению к арбитрам, финально создающим прибавочную ценность и необходимый бизнесу продукт (процесс рассмотрения споров и арбитражные решения). Эти центры являются своего рода клубами по профессиональным интересам, позволяющим частным лицам-арбитрам зарабатывать как деньги, так и репутацию. В таком клубе состоят функционеры арбитражных центров, сами арбитры и работники юридических фирм. При этом функции двух последних групп часто совмещаются, а между всеми ними тремя происходит постоянный круговорот специалистов. В итоге все зарабатывают в целом справедливо, а потребности бизнеса также удовлетворяются.

Само собой, эти две системы («клуб собственников / бенефициаров / хозяев» и «клуб профессионалов») сложились исторически. Россия унаследовала первую систему от СССР, где во ВТАК и в МАК при ТПП СССР доходы арбитров искусственно и жестко ограничивались (однако в среднем весьма серьезно превышая среднюю величину по



стране), а валютная выручка хотя и не отдавалась от ТПП СССР в госбюджет, но все же фактически ее расходование обслуживало общегосударственные интересы (проведение советских выставок за рубежом, обслуживание внешнеторговых объединений и т.д.). Однако когда интересы старых и новых арбитражных центров в России перестали совпадать с интересами государства, экономически ничего не изменилось: старые центры по-прежнему считали справедливым забирать себе львиную долю дохода от арбитража, а новые стали на них ориентироваться.

На Западе же «клуб профессионалов» формировался веками, с реальным балансированием между интересами входящих в него субъектов.

Как видно, разница принципиальная. В терминах акционерного права в России вся власть принадлежит держащим контрольные пакеты мажоритариям, которые допускают идею обладания арбитрами права голоса не особо охотно (а по ключевым вопросам — вообще ее могут исключить). Дивиденды же они также распределяют без желания и скупости. Неудивительно, что менеджмент третейских центров также контролируется такими мажоритариями. В западных же юрисдикциях «акции третейского предприятия» рассеяны в гораздо большей степени между различными фигурантами, так что дивиденды по общему молчаливому согласию распределяются операторами чаще и в больших суммах между всеми. Эквивалентом акций в таких юрисдикциях выступает как профессионализм, так и репутация. В России же — исторически доставшийся в наследство властный ресурс. И это уже не отдельные акции, а скорее их пакет в целом, который не раздробляем. Или же можно говорить о «золотой акции», которая бьет любые сочетания пакетов всех прочих фигурантов.

И встает вопрос: так какая же система продуктивнее и эффективнее? Ответ очевиден.

Так вот, невооруженным глазом видно, что проекты Минюста пытаются сделать важный шаг на пути отказа от системы «клуба собственников / бенефициаров / хозяев» в пользу формирования в России сообщества арбитражных профессионалов. Да, неидеальный шаг, причем даже половинчатый. Но ранее о нем вообще никто и не задумывался!

Сейчас в России ситуация в третейской сфере в этом аспекте стратегически неправильная. Единственная структура, которая понимает необходимость перемен, и серьезно пытается воплотить на практике идею сообщества арбитражных профессионалов: «Ассоциация участников по содействию в развитии третейского разбирательства». Никто не слышал о такой? Неудивительно: ведь ее руководство (профессиональные юристы, кстати) в нарушение некоторых российских административных правил и требований законодательства о защите конкуренции (и со ссылкой на необходимость их не учитывать ввиду некоей общей их неправильности) предпочитает везде скромно именовать себя «Российской арбитражной ассоциацией» (приводя также довод о том, что заявка на регистрацию товарного знака «Российская арбитражная ассоциация» уже подана: аргумент в оправдание использования везде для обозначения данной организации слова «Российская» юридически слабый). Однако оставим в стороне такое стремление к всероссийской и международной известности, сейчас важнее иное: именно эта ассоциация сделала единственно верную в свете будущего ставку на то, чтобы стать клубом профессионалов, члены которого должны получать за свои услуги адекватное вознаграждение, а не соглашаться на передачу 80 % арбитражных сборов в пользу собственников / бенефициаров / хозяев.

Очевидно, что в данном плане Ассоциация проекты Минюста поддержит.

Кстати, не следует удивляться тому, а почему это вдруг Минюст решил допустить небольшой крен в пользу «профессионалов»? Что это за такое поощрение трейд-юнионов в условиях актуальности выстраивания вертикали власти?

Во-первых, проекты делали в основном российские юристы западной юридической фирмы, которой идеология собственников / бенефициаров / хозяев близка быть не может.

Во-вторых, Минюст, можно надеяться, понимает, что с такой устаревающей идеологией Россия глобальную конкуренцию в третейских вопросах другим юрисдикциям имеет многие шансы проиграть, равно как и сможет решать задачу развития Таможенного союза и укрепления в нем лидирующей роли России менее эффективно.

В-третьих, третейская сфера играет в российской правоприменительной системе не такую уж и важную роль, чтобы властям не позволять в ней определенный либерализм на низовом уровне.

В-четвертых, в проектах предпочтение профессионалов собственникам / бенефициарам / хозяевам выражено не так уж и радикально, как может показаться после сказанного мною, так что последние продолжают играть в ней различные важные роли. Но что делать.

Кто-то может возразить, что само по себе третейское сообщество в России еще слабое, незрелое и доверять ему не следует, тогда как учредителям и менеджерам третейских центров — можно и нужно. Мол, разве есть основания быть уверенным, что сами-то рядовые арбитры будут за такой шаг в их направлении? Они, дескать, слишком пассивны для новой роли, которую им тут живописуется. Разве все активные не ушли уже в учредители или в менеджеры третейских центров?

Во-первых, вряд ли такие оценки в отношении всего третейского сообщества полностью верны, и не уверен, что эти вопросы предполагают бесспорные ответы. Все они напоминают политические доводы о том, что народ в России необразованный и ленивый, что далеко не так.

Во-вторых, даже если отчасти правда в таких оценках и есть, это еще не повод не стимулировать при помощи закона развитие третейского сообщества.

В-третьих, если и предположить, что серьезное большинство тех, кому сегодня за 50, или даже тех, кому за 40 лет, в целом действительно пассивно и его пока все устраивает (что маловероятно, даже если большинству критиков проектов как раз уже около 40 годов и побольше), то ведь уже появляется новое поколение юристов, которые давно уже в кулуарах выражают недовольство старыми подходами, и вряд ли будут рады уготованной им роли расходного материала за скромный гонорар.

5) Еще один поворотный момент, который присутствует в проектах: переворачивание в России с головы на ноги соотношения международного коммерческого арбитража и внутреннего арбитража. Вот он выражен уже вполне радикально.

Как всегда традиционно было в отечественном третейском регулировании? И во время СССР и в последние 20 лет «настоящим» арбитражем в целом считался только тот, который подпадал под Закон 1993 г. о международном коммерческом арбитраже. И внутренние третейские суды также старались всячески при случае упомянуть о том, что и они могут быть таким арбитражем.

Ценностная планка была смещена вниз: то, что должно было бы вообще-то считаться повышенным стандартом, концентрировалось в МКА в качестве нормального, тогда внутренний арбитраж автоматически оказывался ниже ватерлинии и воспринимался менее серьезно. И применяться к нему в итоге стали пониженные требования.

А ведь должно было бы быть иначе: стандарт должен господствовать во внутреннем арбитраже, тогда как МКА должен быть сверхстандартом.

Вспомним времена СССР, когда один продукт был «на экспорт» (стандартно-нормальный), а другой: для внутреннего потребления (так себе). Так вышло и с третейским разбирательством в России.

Не следует России иметь два закона с серьезными различиями в подходах к арбитражу, один из которых явно занижен. Регулирование во всей третейской сфере должно быть максимально схожим, а МКА должен произрастать на почве внутреннего арбитража: только это и является естественным порядком вещей. Строго говоря, в идеале даже нужен был бы единый закон, но по историческим причинам и при текущем

политическом моменте это невозможно хотя бы потому, что у единого закона два приложения о МКАС и МАК иметься по определению не могут, тогда как при отдельном законе о МКА их существование реально. А отказаться от их наличия вряд ли сегодня получится.

Кто-то скажет: внутренний арбитраж у нас иногда и кое-где уродлив, так что подобным принижением МКА мы испачкаем и эту еще остающуюся в чем-то незамутненную ценность.

А по-моему, все иначе: подходы Типового закона ЮНСИТРАЛ, использовавшиеся ранее только для МКА, будучи перенесенными и на внутренний арбитраж, только облагородят последний. А сам МКА ничуть не пострадает. Напротив, для него образуется более устойчивый базис для дальнейшего развития, не говоря уже о появлении благотворной силы конкуренции.

Так что перенос в третейской сфере важнейших акцентов с МКА на внутренний арбитраж давно назрел, что проекты и пытаются сказать.

Во время критического их обсуждения 7 февраля 2014 г. (см. выше) звучала мысль о том, что *«ряд норм законопроекта приводит к выводу, что эти правила будут распространяться и на международный коммерческий арбитраж»*, причем звучала в том контексте, что это нехорошо (хотя на самом деле не *«приводит к выводу»*, а прямо в проектах и предусматривается). Однако в действительности нехорошо то, что в России регламентация внутреннего арбитража и регулирование МКА слишком друг от друга оторваны. Проекты впервые пытаются их связать и со стратегической точки зрения это для российской третейской сферы совершенно правильно.

М.Э. Морозов также высказал следующее мнение, не приняв идеологию и цели проектов: *«Прежде всего, бросаются в глаза принципиально иные базовые подходы к регулированию третейского разбирательства, чем те которые были закреплены в действующем законодательстве»*.

*Отчетливо прослеживается явное тяготение его составителей к международному коммерческому арбитражу или зарубежным законам об арбитраже, откуда выросли многие положения проекта (нормы о содействии судов в сборе доказательств, формированию состава арбитража, открытые списки арбитров, компетенция в корпоративных спорах и договорах присоединения).*

*Даже сама терминология и постоянные отсылки к международному коммерческому арбитражу, вызывают некоторое недоумение с учетом того, что закон на эту сферу не распространяется.*

*Так же очевидно, что его составители даже отдаленно не знакомы с реальной работой и спецификой внутренних третейских судов.*

*Именно поэтому проект представляет нам некий идеальный третейский суд, который похож на арбитраж в той же степени как модель автомобиля на настоящий автомобиль (вроде все то же самое, но ездить по дороге не может). Подходы, применяемые к крайне сложным международным спорам, вряд ли стоит применять к простым внутрироссийским спорам без участия иностранного элемента и решения вопросов коллизионных привязок». Но вряд ли с этим можно согласиться.*

Что значит принципиально иные базовые подходы? Это обычные и широко известные положения из Закона 1993 г. о МКА и Типового закона ЮНСИТРАЛ. Никакого тяготения в проектах к зарубежным законам об арбитраже в проектах не имеется.

Да, проект закона «О третейских судах и арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» не предполагается распространять на МКА, зато предлагается сделать его унифицированным с регулированием вопросов МКА.

Далее, думаю, что составители достаточно знакомы с реальной работой и спецификой внутренних третейских судов. Именно поэтому и хотят все изменить, а не оставлять в том же виде, зачастую неприемлемом.

При этом проекты предлагают не идеальный суд, а средний стандарт, который можно улучшать. Сравнение с автомобилем и моделью некорректное. Скорее Минюст предлагает пересест на самые обычные автомобили с лошадой, верблюдов, велосипедов, самокатов и т.д.

Наконец, предложения Минюста касаются стандартных процедур и организационных моментов, в которых нет ничего крайне сложного, и которые уж никак не связаны неразрывно с иностранными элементами или вопросами коллизионных привязок.

6) Еще меня подкупили в проектах переходные положения. Да, они далеко не идеальные, но сама по себе редкая попытка так тщательно урегулировать многие моменты переходного периода уже заслуживает одобрения и внимания. Такого я не видел ни в одном законопроекте уже многие годы. И это в какой-то очень небольшой мере искупает невнимание разработчиков к юридической технике в проектах.

Одну самую глубину только таких переходных положений я предпочту легковесности большинства критических стрел в адрес проектов.

7) Почему-то критики предпочли не уделять особое внимание тому, что впервые в отечественной истории Минюст попытался решить проблему, перед которой намеренно потупился КС РФ, которую по интеллектуальным причинам никогда бы не решила нынешняя Госдума, и которую принципиально отказывался решать ВАС РФ (во многом напрасно, но во многом и справедливо, учитывая низкое качество разбирательства споров во многих внутренних третейских судах): проблему арбитрабельности корпоративных споров.

А уже за одну эту попытку проекты следовало бы также поддержать хотя бы руководству многих третейских центров: при правильном подходе к этому вопросу на эти центры мог бы в будущем, не исключено, пролиться доходный дождь. Правда, правильный подход потребовал бы от многих немало пота и крови, что не всем нравится: синица в руках лучше журавля в небе.

8) Далее, эти проекты — опять-таки первая за последние два десятилетия попытка уделить серьезное и доброжелательное внимание в третейской сфере вопросам экономики, включая налоги.

Арбитраж — такая же экономическая сфера, такой же сектор бизнеса, как и многие другие. В России тема экономических интересов в арбитраже — табу (ведь вспомним аналогию: арбитраж типа секса), и такой ханжеский подход развитию арбитража не помогает. Вообще говоря, это очень интересная тема, заслуживающая отдельного разговора, но уже за рамками настоящей работы.

Проекты и тут делают смелый шаг вперед.

Вот что действительно поражает: проекты предлагают третейскому сообществу беспрецедентные налоговые льготы, но хоть один из критиков попробовал об этом вспомнить? Попробовал посчитать серьезно, не окажется ли новое регулирование с такими льготами выгоднее?

Нет, сразу пошло отрицание: идет ведь принципиальная «борьба за свободу», а не за презренный металл.

9) Еще одно нецененное достоинство проектов — их в целом разумный протекционизм в отношении российской третейской сферы с точки зрения международной торговли арбитражными услугами (в том числе в виде распространения на иностранные арбитражные центры ряда правил, прежде всего в отношении корпоративных споров).

Именно так: там, где критики видят административный раж Минюста, я вижу полезный для отечественной третейской сферы протекционизм. Я сам сторонник в целом принципа свободной торговли, но только не применительно к таким неокрепшим рынкам юридических услуг и арбитража как российские. К этому непростому вопросу я еще коротко обращусь ниже.

**10)** В начале данной работы я упомянул «арбитрамайдан» (в хорошем смысле этого слова). Но я, конечно же, был изначально не прав.

Рассматриваемые проекты власти (в кои-то веки в последнее время!) предлагают не культивирование и консервацию прошлого, а движение вперед. Причем не только в отношении процедуры третейского разбирательства за счет использования как базы Типового закона ЮНСИТРАЛ, но в отношении организационных моментов такого разбирательства (а почему: см. ниже). Я не побоюсь сказать, что это во многом модернизационные проекты.

Так что Минюст оказался здесь новатором, предлагающим идти в мир, в Европу, ну а критики — консерваторами. Какой уж тут арбитрамайдан?

### **3. НЕКОТОРЫЕ ВАЖНЫЕ НЕДОГОВОРЕННОСТИ И ПРЕУВЕЛИЧЕНИЯ У КРИТИКОВ ПРОЕКТОВ**

Бесспорно, что никто из критиков против самой по себе идеи реформирования в России третейской сферы не выступает: это дело признается хорошим, но вот только его цели, как и средства для него, они полагают сомнительными.

Однако и мне после прочтения такой критики показалось, что ее авторы многое не договаривают или преувеличивают, а также концентрируются на ложных целях, равно как и, возможно, не во всем до конца еще разобрались в ситуации, руководствуясь эмоциями и теми своими экономическими устремлениями, которые поддержки с точки зрения публичных интересов не заслуживают.

#### **1) Ненужные идеологические лозунги, а еще страхи и преувеличения.**

*«Третейское судопроизводство фактически перестанет действовать в России в результате изменений в законодательстве, предложенных Минюстом»; «А реформа просто уничтожит все хорошее, а сорняки прорастут»; «Только наша власть лечит отсечением головы вместо терапии»; «То, что закладывается предлагаемыми изменениями в законодательство, во многом противоречит сути третейского разбирательства. И если цель в том, чтобы третейские суды были разрешены, но фактически их не было, то мы этого, к сожалению, добьемся».*

Ну разве в эти лозунги можно верить серьезно?

Да, регулирование деятельности третейских центров предлагается усложнить. Да, государство хочет ввести дополнительные требования к ним и к арбитрам. Но это обычное предложение в адрес всех быть более осмотрительными и социально ответственными (а есть еще и другие важные моменты, не оставляющие иного пути: о них ниже).

Серьезным людям это страшным представляться не должно, а из эволюции третейского разбирательства по новым правилам они скорее могут извлечь пользу для себя и для бизнеса, в третейских судах нуждающегося.

И, кстати, идеологически лозунги выдвигать легче всего, а предложить юридико-техническую альтернативу — невероятно сложнее.

При этом такая идеологическая критика бессцельна: Минюсту она мало интересна, государство само себе идеолог.

А еще удивляет то, что критики будто только что очнулись и не могут до конца поверить в то, что давнишняя уже волна ужесточения регулирования достигла и



третейской сферы. Мне же удивительно то, что она достигла ее так поздно, ведь давно все к этому шло.

Третейские суды не образуют в России какую-то систему и не формируют собой гомогенную среду. Это скорее некий относительно упорядоченный хаос. Предлагаемая ниже классификация является еще одной из самых элементарных: деление «*всех существующих центров третейского разбирательства страны на четыре подгруппы. Первая из них — настоящие профессионалы третейского разбирательства, такие как наиболее известные и уважаемые из них МКАС и МАК при ТПП РФ. Вторая — представители „ведомственного арбитража“, например, третейские суды „Газпрома“ и „Лукойла“. Учредители третейских судов следующих двух групп, по мнению Минюста, преследуют заведомо неправомерные цели, превратив их в структуры для извлечения прибыли (третья группа) или откровенно злоупотребляющие третейским разбирательством структуры (четвертая группа)*» (Севастьянов Г. Законопроекты о третейской реформе — критика третейского сообщества России (см. выше).

Однако же все эти подгруппы роднит то, что все акторы в них, включая самых несерьезных, не на шутку претендуют на то, чтобы во многом быть равней государственным судам. И ни одна из таких подгрупп о неосновательности такого подхода спорить с другой и не пытается, шепча в кулуарах или же молчаливо подразумевая: «*Мы с тобой одной крови!*». Весьма для неофитов со стороны эффектно, но все же это из законов джунглей, не так ли, а не нормального гражданского общества?

Само собой, государство не могло не попытаться подобный перекося исправить, все же мы из зарослей 90-х гг. прошлого века вышли, хотя бы даже и оставались таковыми с точки зрения внешних цивилизаторов.

## **2) О разрешительном порядке создания арбитражных учреждений.**

Предлагаемое в проекте закона «О третейских судах и арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» получение от Минюста разрешение на осуществление функций постоянно действующего арбитражного учреждения критикуется особо сильно.

Но, возможно, критики совершенно не заметили, что такое разрешение согласно п. 12 ст. 47 проекта не нужно получать тем лицам, при которых уже имеются третейские суды: «*Юридические лица, при которых до даты вступления настоящего Федерального закона в силу созданы постоянно действующие арбитражные учреждения (постоянно действующие третейские суды), не являющиеся юридическими лицами... обязаны до 1 июля 2015 года обеспечить регистрацию соответствующих постоянно действующих арбитражных учреждений в качестве некоммерческих организаций в соответствии с порядком, предусмотренным статьей 39 настоящего Федерального закона (за исключением получения разрешения на осуществление функций постоянно действующего арбитражного учреждения)...*». Видимо, невнимательно читали?

Вполне сбалансированный подход Минюста. И не будет ничего страшного, если после вступления закона в силу такие разрешения для новых арбитражных учреждений должны будут получаться.

В позиции критиков имеется явное внутреннее противоречие. С одной стороны, они поддерживают следующее указание в Постановлении КС РФ от 26 мая 2011 г. № 10-П: «*По смыслу статей 10, 11 (часть 1), 118 (часть 1) и 124-128 Конституции Российской Федерации и Федерального конституционного закона от 31 декабря 1996 года № 1-ФКЗ „О судебной системе Российской Федерации“, третейские суды не осуществляют государственную (судебную) власть и не входят в судебную систему Российской Федерации, состоящую из государственных судов. Это, однако, не означает, что Конституция Российской Федерации исключает тем самым возможность разрешения гражданско-правовых споров между частными лицами в процедуре третейского разбирательства посредством третейских судов, действующих в качестве институтов*

*гражданского общества, наделенных публично значимыми функциями». В самом деле, они всегда претендовали, и продолжают претендовать на особый статус третейских судов, равный зачастую статусу государственных судов.*

А с другой стороны, неужели они всерьез верят в то, что возможность начать такое серьезное предприятие как создание третейского центра, должна быть открыта любому по его лишь желанию, как это имеет место сейчас?

В нормальном гражданском обществе с развитым чувством ответственности так не бывает, что проекты и пытаются донести до всех.

Или критики полагают, что когда им надо одно, то они будут ссылаться на наделение третейских судов публично значимыми функциями, а когда надо другое — на их статус институтов гражданского общества? Впрочем, они так уже и делают. Но такое также недопустимо.

И почему-то никто из критиков не протестует против особого порядка получения статуса члена сообщества адвокатов или нотариусов, которые также являются институтами гражданского общества и наделены публично значимыми функциями.

Чем же третейские центры лучше? Строго говоря, критики должны быть благодарны Минюсту уже за то, что он еще не предусмотрел сдачу экзаменов на право быть третейским судьей: а ведь мог бы, и это, кстати говоря, не выглядело бы слишком уж ненужным в российской действительности.

### **3) Об «огосударствлении» третейских судов и усложнении процедур создания арбитражных учреждений. Как и о воздействии Минюста на арбитражные учреждения.**

*«Огосударствление третейских судов и усложнение процедур отметили многие докладчики»; «В 1980-е годы Минюст управлял государственными судами, и его с трудом удалось от этого отстегнуть. Теперь — попытка реванша»; «Минюст... пытается „огосударствить“ третейские суды и поставить их под свой контроль»; «Почему за рубежом хватает судебного контроля над третейскими судами, а у нас хотят подключить еще и Минюст?»; «Предложенные в законопроектах механизмы контроля третейских судов ставят под угрозу независимость арбитража... Полномочия, которые предоставляются Минюсту, недостаточно четко сформулированы и расплывчаты. В результате министерство сможет косвенно, через воздействие на некоммерческие организации, учредившие арбитражные учреждения, и сами учреждения как НКО, оказывать воздействие на третейское разбирательство».*

Тут речь идет о том, что в проектах арбитражные учреждения предлагается создавать в форме некоммерческих организаций, в свою очередь учреждаемых некоммерческими организациями.

Мотивацию критиков понять можно. В той гетерогенной среде, какой в России является третейская сфера, в ее относительно упорядоченном хаосе большинство стремится избежать внимания государства (да как и в российском обществе в целом). Отсюда неприятие лишних взглядов со стороны государства, которые воспринимаются как косые и недобрые (часто справедливо, надо признать). Но что делать: третейской сфере как публично значимой внимания государства не избежать.

Бесспорно, в России есть риск огосударствления всего и всегда, равно как и риск косвенного воздействия со стороны Минюста на много чего. А еще есть риск косвенного и прямого воздействия на прочие разные вещи со стороны Правительства РФ, Президента РФ, Центробанка и т.д.

И это нормально. Почему бы Минюсту не иметь права воздействовать на ненадлежащие арбитражные учреждения? Воздействует же он на адвокатуру и на нотариат. Причем воздействует в целом редко и спокойно. Многие даже жалуются, что слишком нечасто и излишне индифферентно.

Неужели кто-то всерьез верит, что Минюст спит и видит, как бы ему побыстрее заняться контролем над третейской сферой? На самом деле ему и на гораздо более важные задачи не хватает сил.

И ведь критики закрывают еще глаза на то, что в проекте на самом деле выбран единственно возможный в сегодняшних условиях вариант, продиктованный логикой ситуации. Давайте попробуем рассуждать последовательно.

Никто не спорит с тем, что реформировать третейское регулирование смысл имеет. Но как?

Ввести лицензирование? Бессмысленно: слишком формалистичная процедура, от которой в такой тонкой сфере как третейская толку никакого не будет. Отказались же давно уже, в конце концов, от лицензирования юридических услуг как излишнего и неэффективного инструмента?

Сдача экзаменов? Слишком хлопотно для всех, и особенно для Минюста. Да и принимать некому, по большому счету.

Саморегулирование? Однако третейское сообщество в России слишком малочисленно. И одновременно слишком раздроблено, причем отдельные его центры и представители слишком подозрительны и самостоятельны, как и любые индивиды в экономике, стремящиеся быть независимыми от всего, кроме гонорара.

Заменить Минюст Ассоциацией юристов России или Общественной палатой? С точки зрения эффективного достижения целей реформы это несерьезно.

Ввести учет третейских центров с явочной регистрацией с их стороны ради получения некоторых преимуществ? Полумера, которая не нужна ни государству, ни будущему третейской сферы.

Оставить все, как есть, со ссылкой на то, что третейский суд — институт общества, основанный на частной инициативе? Также нереально.

И вот тут надо вспомнить тезис КС РФ, которому многие критики в 2011 г. совершенно обоснованно аплодировали: третейские суды, действуют в качестве институтов гражданского общества, наделенных публично значимыми функциями.

Но если нотариусы и адвокаты, также являющиеся представителями аналогичных институтов, не считаются осуществляющими предпринимательскую деятельность, то разве не логично ли и третейскую деятельность дозволить только некоммерческим субъектам? Абсолютно логично.

А чтобы коммерческие субъекты не прикрывались некоммерческой организацией, то и дозволить учреждать такие арбитражные учреждения логично также именно некоммерческим организациям.

Таким образом, позиция Минюста просто неизбежно и логически вытекает из идеалов, разделяемых самими критиками проектов.

Вообще то я лично сам ничего не имею против того, чтобы арбитражными учреждениями выступали и коммерческие организации: третейская сфера вполне может считаться одним из бизнес-секторов. Равным образом я полагаю, что и адвокаты должны иметь право учреждать коммерческие организации для оказания юридических услуг. Но не уверен, что большинство в России начнут использовать такой подход добросовестно. Минюст, вероятно, опасается этого же: излишней коммерциализации сферы разрешения частноправовых споров. И опасения эти вполне оправданы: дело Арбитражного третейского суда г. Москвы как росло ранее, так и расширится сейчас.

Кстати, опасения того, что якобы разные недобросовестные лица будут зловредно добиваться проверок арбитражных учреждений как некоммерческих организаций и посредством придинок требовать их ликвидации, в целом не обоснованы: при нормальной своей деятельности таким учреждениям проверок бояться не нужно.

Еще более неоснователен страх того, что мол, плохие стороны вдруг да изберут по своему усмотрению состав арбитража в разбирательстве под эгидой арбитражного учреждения, тот наворотит дров, а отвечать, мол, придется учреждению, в том числе

административно, и аж вплоть до ликвидации, а ведь оно на состав и повлиять не было вправе! Но это совсем не так. Ст. 45 проекта закона «О третейских судах и арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» ясно говорит: *«Постоянно действующее арбитражное учреждение не несет гражданско-правовой ответственности перед сторонами арбитражного разбирательства за убытки, причиненные действиями (бездействием) арбитров»*. Коль даже так, то с чего бы ему отвечать в такой ситуации перед государством административно?

#### **4) Об усложнении процедур третейского разбирательства.**

*«Третейский суд превратится в неповоротливую бюрократическую машину»; «Срок рассмотрения спора в третейском суде автоматически увеличится до нескольких месяцев. А в случае противодействия стороны его легко можно увеличить еще вдвое. Если же сформированный состав тоже не будет особенно стараться работать, то сроки могут уйти в бесконечность»*.

Данная критика порождена содержанием ст. 11 «Назначение арбитров», ст. 12 «Основания для отвода арбитра», ст. 13 «Процедура отвода арбитра» и ст. 14 «Прекращение полномочий (мандата) арбитра» в проекте закона «О третейских судах и арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации», который предусматривает вовлечение в решение регулируемых этими статьями вопросов соответствующего российского государственного суда.

Но на самом деле не будет никакого такого вовлечения и никаких ненужных задержек, если стороны составят хорошее арбитражное соглашение и обратятся в арбитражное учреждение с нормальным регламентом: см. текст этих статей. А не составят или же не обратятся — это уже их проблемы, арбитраж то ведь дело еще и приватное.

Предлагаемое Минюстом регулирование в данном отношении является вполне сбалансированным.

Более того, Минюст еще просто хотел устранить те пробелы, которые сегодня имеются в законе по указанным вопросам, заботясь причем о сторонах спора и о возможности продолжения третейского разбирательства в тупиках и заторах, которые без ликвидации подобных пробелов неизбежно образуются. И за такое благое намерение он же и подвергся критике.

#### **5) О якобы важной проблеме третейских судов *ad hoc*.**

*«Правила должны быть едины для всех третейских судов, в том числе судов ad hoc, критикует Фридман»; «Предположение о том, что третейские суды ad hoc можно будет использовать для обхода жестких требований к институциональным третейским судам, опровергнуть не удалось. Участники неформальной дискуссии согласились с тем, что ad hoc можно будет использовать как во благо (для использования имеющейся инфраструктуры, удешевления, обхода формальностей и пр.), так и во зло — для совершения действий криминального характера. Тем более... законопроект Минюста не предусмотрел даже такую важную процедуру, как уведомление лиц о начале разбирательства в третейском суде ad hoc»; «Но и Минюст, и участники обсуждали в основном работу постоянно действующих третейских судов. Про суды ad hoc, собранные для рассмотрения конкретного спора, в проектах Минюста пока ничего не сказано, и замминистра юстиции Елена Борисенко призвала экспертов активнее присылать идеи на этот счет.... Денис Архипов, партнер „ЕПАП“, призвал „регулировать или запрещать“ суды ad hoc, в противном случае не получится решить проблему криминальных судов. В качестве примера он привел случаи, когда суды ad hoc вели дела по банкротству, оформляя решения задним числом»*.

Во-первых, из определения понятия «арбитраж (третейское разбирательство)» в ст. 2 проекта закона «О третейских судах и арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» ясно следует, что этот проект распространяется в полной мере и

на арбитраж *ad hoc*. Даже для критиков это не может не быть незаметным. Так что правила для всех в целом одинаковые.

Во-вторых, нельзя не отметить, что проекты основаны в целом на диспозитивном подходе, и предлагают не более чем набор шаблонов, которые стороны спора могут поразному между собой соединять. Действие арбитражных правил постоянно действующего арбитражного учреждения и полномочия такого учреждения могут быть устранены полностью или частично соглашением сторон. В итоге граница между институциональным арбитражем и арбитражем *ad hoc* стирается. Это тоже огромная проблема, которая должна всех «озаботить», или же это выражение самой сути арбитража, в особом регулировании не нуждающееся?

В-третьих, утверждение о том, что проекты не предусмотрели даже такую важную процедуру, как уведомление лиц о начале разбирательства в третейском суде *ad hoc* — явная неправда: надо было просто внимательно прочитать ст. 2 «Основные определения», ст. 3 «Получение документов и иных материалов» и ст. 21 «Начало арбитражного разбирательства» проекта закона «О третейских судах и арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации».

В-четвертых, указание на проблему криминальных судов *ad hoc*, в том числе в сфере банкротства, доказывает только то, что критик не знаком со ст. 38 «Внесение изменений в юридически значимые реестры» данного проекта, а также с предлагаемыми изменениями в Федеральный закон от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)».

В-пятых, и обычным ножом можно как хлеб резать, так и убить, но это не повод регулировать оборот ножей, холодным оружием не являющихся. Между тем, пока вроде как суды *ad hoc* в качестве оружия массового поражения замечены не были, т.е. это обычные режущие приборы, значимость которых проявляется редко и точно (но размер и острота которых резко увеличиваются на очень высокой кухне типа инвестиционных споров). Иными словами, серьезной нужды как-то особо регулировать их нет.

И зачем регулировать то, что по самой своей природе противно регулированию? Это все равно как регулировать сегодня порядок разговора одного лица по телефону с другим лицом.

Не проще ли, как и предлагается в проектах, противопоставить суды *ad hoc* постоянным арбитражным учреждениям, дав последним дополнительные права, в том числе в отношении разрешения корпоративных споров? Ведь в таком случае недобросовестно уходить в тень при помощи судов *ad hoc* будут готовы лишь те маргиналы, которых эта же самая тень четко на свету закона и обозначит.

Если стороны захотят использовать суды *ad hoc* добросовестно — у них это получится. Если только недобросовестно одна сторона — положения проектов помогут другой стороне добиваться разбирательства, зато первой будет урок, препятствующий дальнейшему распространению такой недобросовестности. Если же обе стороны захотят злоупотребить данным инструментом — в проектах есть достаточные средства этому противодействовать.

Наконец, если кто-то будет слишком часто заниматься созданием и администрированием судов *ad hoc* вне рамок постоянно действующих арбитражных учреждений, то разве сложно признать такую деятельность неправомочной с соответствующими последствиями?

Если же постоянно действующие арбитражные учреждения будут часто администрировать суды *ad hoc*, то в силу их статуса никаких препятствий к этому быть не должно в принципе.

Так что суды *ad hoc* действительно серьезной проблемой в России не являются (проекты их недостатки серьезно нейтрализуют), а критики сконцентрировались на ложной цели.



Методологически критиков даже сложно понять: то они возмущаются чрезмерным «зарегулированием» третейской сферы в проектах, то они предлагают начать дополнительно регламентировать суды *ad hoc*, которые, кстати говоря, как раз и воплощают в себе идею арбитража в чистом и концентрированном виде. Все институционные арбитражи производны от этой идеи, и являются ее субститутом: ведь с чистой идеей сложно жить, идеалу на практике трудно соответствовать, ввиду чего для удобства и прагматизма его на практике и упрощают до той или иной институционной формы, который в свете этого оказывается суррогатом, эрзацем. И вот последние уже можно регулировать. А идею-то регулировать зачем?

**б) О якобы ненадлежащем отсутствии в предложениях Минюста принципов третейского разбирательства, имеющих сегодня в ст. 18 Федерального закона от 24 июля 2002 г. № 102-ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации».**

Вот эти принципы из такой ст. 18: законность, конфиденциальность, независимость и беспристрастность третейских судей, диспозитивность, состязательность и равноправие сторон.

Тезис об их ненадлежащем отсутствии в проекте закона «О третейских судах и арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» сам не выдерживает никакой критики.

Проект именно что основывается на принципах независимости и беспристрастности третейских судей, состязательности и равноправия сторон. Обо всех этих институтах в нем говорится прямо. Если же для них ввести еще и отдельную статью, то от ее слов третейское разбирательство слаще не станет, так что смысла в ней нет.

Что же касается конфиденциальности, то это однозначно вопрос для регулирования в арбитражных регламентах, а никак не в законе. Некоторые арбитражные институты могут применять разные стандарты конфиденциальности, так что пусть их будет несколько. В СССР, например, долгое время заседания ВТАК при ГПП СССР намеренно были открытые, а решения ВТАК и МАК публиковались (причем даже с указанием наименований сторон и сумм в спорах) ради распространения позитивной информации об этих арбитражных центрах. Сегодня такой прежний подход уже не приветствуется, но в любом случае ясно, что это вопрос не уровня закона.

Большинство третейских центров, в том числе и мировых, не всегда требуют соблюдения конфиденциальности разбирательства именно от самих сторон спора. Зачем российскому закону быть святее римского папы?

Упоминание в законе о принципе диспозитивности также было бы ошибкой: в арбитраже далеко не все диспозитивно.

Наконец, указание на принцип законности в российских условиях было бы вообще контрпродуктивным. Арбитраж тем и отличается от государственных судов, что может интерпретировать закон более гибко и расширительно, и даже отходя от него до тех пределов, пока не будет иметь место нарушение публичного порядка.

**7) О якобы возможной оффшоризации третейской сферы в России.**

*«Все выгоды от этого процесса получают иностранные юрисдикции когда третейское разбирательство в России станет дорогим и неэффективным»; «Поправки сыграют в пользу мировых арбитражных центров, вероятно оффшоризация международного арбитража»; «Сверхзадачей проекта реформы было повышение конкурентоспособности российской правовой системы и преимущественный выбор сторонами российских арбитражей для рассмотрения международных коммерческих споров. Однако, по мнению большинства участников обсуждения, законопроекты, представленные для публичного обсуждения Минюстом, с поставленными задачами не справятся. И если они не будут доработаны, то российские третейские суды не получат*

*желаемой привлекательности, а стороны только чаще станут выбирать третейские суды за пределами РФ».*

Нельзя скрыть удовлетворения от того, что вопросы участия российской третейской сферы в международном разделении труда и в международной торговле арбитражными услугами начинают привлекать все большее внимание в нашей стране, в том числе в самом третейском сообществе.

Но вот только выводы делаются в этом плане неверные.

Как уже говорилось выше (см. раздел 2), проекты на самом деле представляют собой разумную попытку протекционизма в отношении отечественной третейской сферы. Причем первую в отечественной истории: создание и поощрения развития в СССР ВТАК и МАК считается таковой в условиях монополии внешней торговли и железного занавеса не могут по определению.

В самом деле, в терминах международной торговли введение любой новой детальной регламентации в национальном праве является, по сути, созданием дополнительных барьеров для фритрейдерства, т.е. протекционизмом.

И, возможно, критики слышали, что протекционизм — это плохо. Верно, но только для массового потребителя и для массовых продуктов, типа йогуртов или телевизоров. Между тем в отношении узких или интеллектуало-емких секторов экономики, для только становящихся на ноги сфер — протекционизм в нужной пропорции является благом: история международной торговли доказывала это неоднократно. А разве российская третейская сфера не становится еще в целом на ноги? Разве в общем это не узкая и реально интеллектуальная область? Несомненно.

Поэтому сама логика развития международной торговли говорит о том, что проекты при их воплощении в жизнь окажутся в целом благотворными для такой сферы. Несомненно что, именно для нее в целом, поскольку отдельные субъекты в ходе реализации реформы могут немного, либо много, либо даже все потерять. Но тут уже ничего с суровыми законами экономики не поделаешь.

И если общий объявленный курс российских властей на деофшоризацию экономики будет продолжаться, то основания для приведенных утверждений критиков тем более не могут иметь места. Они вообще немного спутали разные вещи. Как известно, популярность западных арбитражных центров в России обусловлена, прежде всего, начавшейся еще 25 лет назад активной офшоризацией отечественной экономики. Хозяева офшоров, ставших корнями для российских экономических империй, в итоге оказались связанными английским правом, что потребовало обращения к английским юристам, которые хотели обращения, само собой, в суды в Лондоне и т.д.: все это легко представить как аналог все той же английской истории про дом, который построил Джек. Российские третейские суды в этой ситуации были изначально обречены на неудачу.

Изменить их не самое завидное положение в международном аспекте могут только деофшоризация экономики в России совместно с разумным протекционизмом в отношении отечественной третейской сферы.

Соотношение между этими факторами: в лучшем случае 90 % / 10 %. Но и эти 10 % очень важны, само собой. Проекты как раз и направлены на их обеспечение.

Так что утверждение, что из-за них *«стороны только чаще станут выбирать третейские суды за пределами РФ»*, вызвано непониманием реальности. Конечно, станут, если деофшоризации отечественной экономики не случится, однако станут отнюдь не из-за проектов, а совсем по иным причинам.

Если же деофшоризация будет воплощаться в жизнь, то проекты скорее стимулируют обращение в российские третейские суды.

Но не удержусь и от некоторой серьезной критики предложений Минюста в плане протекционизма: они чрезмерно перегибают палку в отношении требования о получении известными иностранными арбитражными центрами соответствующего разрешения: см. ниже раздел 6.

## **8) По поводу взаимодействия третейских и государственных судов.**

*«И еще ремарка по злоупотреблениям третейских судов, они невозможны без участия государства. Так что все не так просто»; «Сейчас различные юрисдикции конкурируют между собой за то, чтобы перетянуть как можно больше международных коммерческих споров. Этим активно занимается Сингапур, а Австрия с этой целью недавно поменяла свое законодательство и институциональные правила. С одной стороны, понятно желание Минюста России бороться со злоупотреблениями в третейском разбирательстве, но это никак не согласуется с декларируемой позицией сделать Россию привлекательной для разрешения международных споров. Страну делает привлекательной для арбитража прежде всего поддержка ее третейских институтов законодательством и госсудами. До тех пор, пока российские государственные суды не начнут активно поддерживать стороны арбитражного разбирательства, конкурировать не получится...».*

Как это так может быть: желание Минюста бороться со злоупотреблениями в третейском разбирательстве никак не согласуется с декларируемой позицией сделать Россию привлекательной для разрешения международных споров? Как раз наоборот: Минюст хочет повышения доверия к России за счет устранения злоупотреблений.

Нельзя не согласиться с тем, что злоупотребления третейских судов невозможны без участия государства. Так что без улучшения работы государственных судов третейской сфере также не расцвести. Но это все вопросы, которые уже выходят за рамки проектов, так что критиковать их в данном плане сами по себе просто бессмысленно.

Но все же в них как раз делается попытка сделать взаимодействие третейских и государственных судов более эффективным с точки зрения предотвращения третейских злоупотреблений (скажу еще раз: общее улучшение работы государственных судов — не предмет для проектов). Пусть и не идеально, но для этого предлагается ряд важных шагов: см. ст. 34 «Хранение решений и материалов дел арбитража» и ст. 38 «Внесение изменений в юридически значимые реестры» проекта закона «О третейских судах и арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации», а также изменения в Федеральный закон от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)». Критики, видимо, не вполне внимательно читали проекты, раз это не заметили.

И еще интересный момент в плане двойного стандарта: что-то никто из критиков не рассуждал публично о том, а как же инициатива по ликвидации ВАС РФ негативно повлияет на привлекательность России для арбитража? А вот критиковать Минюст, в отличие от Президента РФ, не опасно, видимо.

## **9) О нежелательности укрупнения третейских центров. Модернизационность проектов в данном отношении.**

*«Более того, ...если в России и сейчас мало рассматривается международных коммерческих споров, то в результате реформы останется всего несколько третейских судов, которые смогут рассматривать дела в порядке закона о международном коммерческом арбитраже».* Именно так, и ничего страшного в этом нет. Пора от средневековой раздробленности переходить к укрупнению на уровне национального рынка третейских услуг, особенно применительно к спорам из сферы международного торгового оборота. Аналогичным образом дело обстоит во многом и в западных юрисдикциях, от чего никто не страдает.

Опять тут у критиков двойной стандарт. Почему-то вот в сфере юридических услуг считается, что укрупнение юридических фирм — это хорошо, это позволяет повысить их конкурентоспособность, в том числе на международном уровне. А укрупнение в третейской сфере теми же представителями юридического бизнеса не приветствуется, хотя та же конкурентоспособность этой сферы точно могла бы усилиться. Почему так?

Продолжу аналогию с адвокатами. Вспомним времена СССР, где адвокатура была раздроблена, где каждый адвокат был сам за себя, оказывал услуги каждый сам по себе, а не от имени адвокатских структур. Были бы такие адвокаты конкурентоспособны сегодня? Нет.

Само собой, и сегодня российский Федеральный закон от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», разработанный приверженцами советского подхода, пытается сохранить адвокатуру как атомизированную среду, не допуская создание продвинутыми адвокатами именно адвокатских фирм, имеющих право действовать от своего собственного имени. Однако эти адвокаты постепенно учатся наполнять устаревшие формы новым содержанием. И в итоге появляются вполне успешные и конкурентоспособные фактически корпоративные поставщики юридических услуг. В отличие, кстати, от сферы нотариата, где атомизированность выражена еще серьезнее и приводит к гораздо более медленному повышению качества услуг и конкурентоспособности.

А еще сравним суды общей юрисдикции и государственные арбитражные. Где легче добиться качества: в более мелких или в более крупных? Вопрос риторический.

Будущее российской экономики — в разукрупнениях в ряде отраслей, исторически-традиционно монополизированных, а также в разумных укрупнениях в тех секторах услуг, где после распада СССР царит скорее броуновское движение. К таким секторам относится и адвокатура, и третейское разбирательство.

Укрупнения в третейской сфере позволят не только укрепить ей экономически, но и приведет к повышению качества третейских разбирательств. В попытке достичь этого я и усматриваю модернизационность проектов, их направленность в будущее.

И не о том ли говорит нам западный опыт или развитие третейской сферы в Азии в последнее время? В развитой стране может быть несколько серьезных третейских центров, но никак ведь не несколько сотен, как в России.

Да, Россия большая страна, и в каждом ее регионе третейский центр имеет право на существование. Но проекты не настолько кровожадны, чтобы не позволить их создание и успешное функционирование.

#### **4. ПРОТИВОРЕЧАЩИЕ ДРУГ ДРУГУ ИНТЕРЕСЫ ГОСУДАРСТВА И ПРОЧИХ ИГРОКОВ ТРЕТЕЙСКОЙ СФЕРЫ, ВКЛЮЧАЯ ЭКОНОМИЧЕСКИЕ. ВЫЯВЛЕНИЕ ИСТИННЫХ МОТИВОВ НЕКОТОРОЙ КРИТИКИ**

Попробуем выделить в гордиево-третейском узле важнейшие нити.

Это канат исполнительной власти, кабели государственных судов, тросы различных видов бизнеса, фал ТПП РФ, лонжа РСПП, стропы юридических фирм и нитки адвокатов, бечевки различных третейских центров, шнуры активных представителей третейской общественности, лески просто арбитров. Ленточкой Госдумы можно пренебречь. Про литье «Российской» арбитражной ассоциации пока также вспоминать не будем: еще слишком рано. Ванты российской касты ученых и преподавателей самих по себе также пока не принимаем во внимание: у нее нет своих интересов, они растворены в интересах иных упомянутых выше групп.

При этом надо понимать, что в третейской сфере также происходит круговорот субъектов, а в еще большей степени — пересечение их функций. Лицо может быть арбитром, и адвокатом, ученым и сотрудником третейского центра, и т.д. и т.п.

Идеологические и экономические интересы всех этих фигурантов между собой переплетены, хотя нередко друг с другом расходятся. Сказанное ниже — не оценки, не осуждения и не похвалы, а просто попытка констатации фактов. У каждого игрока своя правда, так что пусть побеждает не только сильнейший, но также мудрый и стремящийся к справедливому балансу между разнообразными противоречивыми интересами.

**1) Что надо исполнительной власти в третейской сфере?**

Во-первых, спокойствия и отсутствия поводов для беспокойств, т.е. прекращения текущей неорганизованности в третейской сфере, где каждый центр готов поставить себя вровень с государственным судом, т.е. в том числе власти хочется поменьше претензий из третейской сферы на исключительность.

Во-вторых, конкурентоспособных и экономически крепких третейских учреждений, в том числе и международного уровня, прежде всего в рамках Таможенного союза и вообще на пространстве бывшего СССР.

Проблема же разгрузки государственной судебной системы при помощи третейских судов исполнительную власть заботит мало: не тот масштаб вопроса.

Мнения других игроков в третейской сфере ее интересуют, но только как экспертов, причем многих она называет экспертами только ради соблюдения приличий, на самом деле в такой их статус не веря.

**2) Интересы государственных судов совпадают с первым интересом исполнительной власти полностью, а со вторым — лишь отчасти.** Впрочем, после ликвидации ревнивого и властолюбивого ВАС РФ (ликвидации достойной, как бы то ни было, резкого осуждения) сближение позиции судебной власти с подходом исполнительной власти по такому второму интересу вполне вероятно. Что же касается собственной разгрузки, то тут государственным судам и хочется, и колется.

Мнения других игроков в третейской сфере суды интересуют еще в меньшей степени, нежели исполнительную власть.

**3) ТПП РФ хочется:** отсутствия организационных сложностей в деле обеспечения третейских разбирательств в ее третейских центрах и поменьше любых беспокойств и напрягов для них, однако одновременно с приходом в них максимально крупных, но одновременно минимально сложных и скандальных дел; получения максимальных арбитражных сборов при наличии скромного гонорарного сбора; роли федерального лидера в международном коммерческом арбитраже на территории России; минимального внимания к финансовым итогам ее деятельности в третейской сфере.

Повышение конкурентоспособности ее третейских центров (в том числе на международном уровне), а также качества разбирательства в них ее пока что не сильно волнует: серьезной конкуренции эти центры пока что не испытывают, доходы от разбирательств в них не уменьшаются, так что проще ничего не делать.

Мнения кого бы то ни было ТПП РФ мало интересуют, если только они не затрагивают ее интересы. При этом спорить с исполнительной властью по третейским вопросам ТПП РФ не стала бы принципиально, даже если бы это затронуло ее интересы (пока что никак не затрагивало, т.к. ТПП РФ обладает хорошими лоббистскими возможностями). С судами же спорить ТПП РФ готова, в том числе отчасти публично, полагая, что им в третейские вопросы лучше бы вообще не вмешиваться.

**4) Интересы прочих третейских центров совпадают с устремлениями ТПП РФ, с тем лишь исключением, что каждый из них также хотел бы оспаривать лидерство ТПП РФ** (но скорее в сфере внутреннего арбитража, а не в международном аспекте), хотя аналогичными ресурсами никто из них не обладает. Из-за своей слабости они напоминают пока в той или иной степени тени центров при ТПП РФ.

**5) РССП интересуется его имидж в бизнес-среде и во властных структурах, а не деньги:** имидж серьезного третейского судьи в вопросах третейских судов для бизнеса.

Спорить с исполнительной властью он не готов, хотя и в меньшей мере, чем ТПП РФ. С судами же — готов, но только по принципиальным вопросам, и скорее кулуарно.



6) Интересы бизнеса однозначны: получение максимального сервиса в виде предельно качественной организации процесса рассмотрения спора и идеально-обоснованного арбитражного решения от непредвзятых профессионалов. Недостижимая во многом цель, что и говорить, но все же иногда такое, наверное, бывает. Само собой, крупный бизнес готов за такой максимальный сервис платить большие деньги. Средний же и малый бизнес хочет, как правило, такой же результат за минимальную цену с его стороны. Опять противоречие в устремлениях и интересах.

Мнение других бизнес мало интересует, если только оно не имеет непосредственного отношения к требуемому практическому результату.

7) Юридические же фирмы и адвокаты заинтересованы в максимальном гонораре за представительство в третейских разбирательствах при минимальных усилиях (хотя так почти не бывает). Причем юристов фирм и адвокатов еще дополнительно привлекает участие в других разбирательствах в качестве арбитров, что должно стимулировать упомянутое представительство, и наоборот.

Учитывать иные позиции юридические фирмы и адвокаты готовы в той мере, в какой это не противоречит интересам их клиентов.

8) Активные представители третейской общественности отстаивают, прежде всего, свой имидж, в том числе как арбитров. С интересами всего сообщества это в зависимости от ситуации может как совпадать, так и расходиться. В целом тут очень непонятная и нестабильная ситуация.

9) Большинству просто арбитров, при всем их безмолвствовании, интересно иметь как можно больше простых дел, но максимально крупных, и чтобы гонорары были как можно выше.

В общем, обычные человеческие и экономические оптимальные для каждой роли устремления. Всех, кроме исполнительной власти, государственных судов и РССП интересуют, прежде всего, деньги, причем при минимуме прилагаемых усилий. Еще одно исключение — некоторые представители третейской общественности, для которых соображения имиджа и самореализации деньги часто заменяют (особенно если у них имеются иные источники дохода), но не исключают полностью. Для ТПП РФ и иных третейских центров имидж и самореализация имеют меньшее значение.

Понятно, что большие деньги беспрепятственно не появляются. Очевидно и то, что для обеспечения бесперебойного поступления их в будущем нужна серьезнейшая работа, в том числе по самосовершенствованию. А это сложно.

Поэтому в целом в российской третейской сфере пока большинство стремится к «золотой середине»: пусть будет достаточно денег, но не слишком, лишь бы лишних усилий делать не приходилось. Баланс жизни и работы с креном в пользу первого. Конкурентные механизмы в этой сфере еще серьезно не функционируют (как и в российском обществе в целом).

Но такое усреднение усилий автоматически влечет и усреднение качества разбирательств. В условиях, когда третейская сфера хаотична и в ней всего несколько серьезных арбитражных центров, причем друг с другом по спорам пересекающихся нечасто, а конкуренции еще не заработала, то начинает торжествовать усреднение. Причем нередко не просто усреднение, а даже падание ниже минимальных стандартов (но с продолжением получения при этом минимума арбитражного / гонорарного сбора, недостаточность которого может вести некоторых третейцев к коррупции).

Государству все это, само собой, нравиться не может: для него, кроме денег, важны еще баланс, стабильность и международные аспекты конкурентоспособности российской третейской сферы.

А теперь попробуем оценить один из аспектов критики проектов в свете вышесказанного.

*«Законопроект создает немало организационных и финансовых сложностей»; «От финансирования компаний не уйти... или за пределами вырастут третейские сборы»; «Чтобы приступить к организации третейских разбирательств, необходимо будет создать некоммерческие организации, которые выступят учредителями другой НКО — арбитражного учреждения. В каждой из НКО должен быть штат, который потребует финансирования. А за счет чего? Если за счет третейского сбора, то он должен быть за пределами. А если сделать его небольшим, то суды должны будут финансироваться какими-то другими организациями, и тогда уже трудно будет говорить об их независимости».*

Это правда. И мне кажется, что во многом только что приведенная критика проектов продиктована опасениями именно что учредителей и менеджеров существующих третейских судов того, что на них свалятся дополнительные финансовые сложности и организационные проблемы (также завязанные на деньги). Баланс жизни и работы с креном в пользу первого начнет изменяться в другую сторону без гарантий немедленного увеличения доходов.

Но вообще-то третейский суд — дело не дешевое. Разве может быть штучный товар, сделанный качественно частным лицом, недорогостоящим? А арбитраж — производство не массовое и не конвейерное, а штучное.

Так что подобную критику, продиктованную такими замаскированными экономическими интересами и устремлениями, можно понять, но не принять.

Как уже говорилось выше, сегодня в России в третейской сфере доминируют учредители и менеджеры третейских центров, а не третейское профессиональное сообщество. Кстати, кое-кто из первых даже сумели организовать упомянутое массовое и конвейерное третейское производство, дешевое во всех смыслах этого слова, но зато с лейблом *«Институт гражданского общества, наделенный публично значимыми функциями»!* Но это путь в никуда.

Возможно, по указанным причинам проекты, пытающиеся создать в России развитое третейское профессиональное сообщество, и опасны для третейских собственников / бенефициаров / хозяев и менеджеров. Однако последним нужно вспомнить и о своей социальной ответственности.

## **5. О ДЛИННОЙ КОНЕЧНОСТИ ВЛАСТЕЙ, ТЯНУЩЕЙСЯ К ТРЕТЕЙСКОЙ СФЕРЕ, ЧТОБЫ ПОПРАТЬ СВОБОДЫ В НЕЙ**

Могу ошибаться, но между строк у некоторых критиков проектов читается следующее: как можно согласиться с предлагаемым произволом Минюста, с посягательствами на третейские суды как на чуть ли не единственный остающийся островок свободы в правоприменении? А ведь идет покушение на такую их свободу, ведь дай нашему государству палец, так оно откусит всю руку, и на этом не остановится! Как можно демонстрировать политику лояльности режиму в условиях, когда ни один приличный человек принципиально не может не бороться с его инициативами хотя бы путем их критики?

Скажу еще раз: я лично никакого таких посягательств не вижу, хотя в теории риск их появления в будущем усматриваю.

Но это поводом для отказа от проектов не является: любому действию российских властей данный риск присущ имманентно, так что теперь — отвергать его инициативы сходу, даже если они разумны?

И я не верю в то, что власти хотят уничтожить третейскую сферу в России или подчинить ее себе. Есть тому серьезное доказательство: они в последние годы активно развивают Таможенный союз, и они не могут не понимать, что без нормальных

третейских центров его развитие будет менее успешным. Даже СССР это понимал, а нынешние власти еще более прагматичны.

Далее, я уже более 12 лет в адвокатуре, и как-то у меня и у моих многочисленных знакомых-адвокатов не было повода утверждать, что Минюст когда-либо всерьез пытался покуситься на наши адвокатские свободы. Наверное, у нас все впереди?

Другой вопрос, что в том, чтобы не оставлять третейскую сферу без контроля, исполнительная власть кровно заинтересована. Но ее интересуют принципиально организационные моменты, а не исходы разбирательств.

Само собой, критика проектов важна, и нужна. Когда что-то не нравится в действиях властей, то так и следует говорить (у меня так уже было как по вступлению России в ВТО или по вопросам реформы адвокатуры, так и по проблеме ликвидации ВАС РФ, а до этого и по критике некоторых позиций самого ВАС РФ). Ежели же что-то нравится, то это также сообщать не возбраняется.

Меня, правда, несколько забавляет тот факт, что намеки на попрание третейских свобод исходят в том числе от благополучных людей, которые ранее никогда в публичной критике действий государства в иных сферах замечены не были. Это не упрек, а просто констатация факта. Но неужели они всерьез думали, что минует их чаша сия? Не минует, но яда там нет.

Имеет ли смысл публично заявлять о «деструктивизме» государства в третейской сфере, но одновременно или одобрять ужесточение регулирования в иных областях, или же хранить молчание в надежде, что пронесет мимо? Не пронесет, но ничего страшного не случится. А смысл имеет все же, думаю: лучше такая дискуссия и умение не соглашаться, чем никак.

Все же думаю, что цели Минюста более благородны, чем полагают критики, а на «юристов-вредителей» разработчики проектов не похожи.

Я уже говорил, что опасения критиков понять можно. В той гетерогенной среде, какой в России является третейская сфера, в ее относительно упорядоченном хаосе большинство участников броуновско-арбитражного движения стремится избежать внимания государства (да как и в российском обществе в целом). Отсюда неприятие лишних взглядов со стороны государства, которые воспринимаются как косые и недобрые.

По-человечески очевидно, что вместо честного спора о проблемах и о необходимом выборе между непростыми юридико-техническими конструкциями проще вести неглубокие дискуссии в общих категориях «свобода—деспотия» в отношении вроде бы неполитизированной сферы, настолько узкой, что большинство жителей России о ней и не подозревает. Но это ведь неинтересно и контрпродуктивно.

Однако критики предпочитают глобализировать обсуждение. Как сказал однажды бывший московский мэр Ю. Лужков, *«глобализировать проблему и тем ее угробить — первая и, главное, почти бессознательная реакция российского человека»*.

И еще два любопытных момента.

1) Допущение того, что идут финальные посягательства чуть ли не единственный остающийся островок свободы в правоприменении, предполагает, что государственные суды уже стоят на вытяжку перед исполнительной властью или перед коррупирующим бизнесом. Но если это так, то на что надеются критики? На то, что они вправе замкнуться в третейской сфере как в башне из слоновой кости, и игнорировать непростую ситуацию с государственными судами? Но тогда это не только не отвечает подходу *«Глобализировать все!»*, но и предполагает критику в категориях «свобода—деспотия» уже не только в отношении третейской сферы, но и ситуации в стране вообще. А такое для критиков проектов невозможно, и в итоге они попадают в ловушку собственного методологического подхода.

Критиковать ситуацию с государственными судами выборочно, одновременно отстаивая третейские свободы в виде требования сохранить множество третейских

центров, которые якобы только ввиду своей многочисленности не позволят государству их контролировать и будут выносить замечательные решения? Но тогда самым натуральным образом не избежать злоупотреблений. И эта тактика называется «между струйками»: мол, и в третейской сфере авось сможем обеспечить качество и беспристрастность разбирательств, да и государственные суды у нас не всегда плохие. Но подобная тактика обречена на неуспех: все равно замочит.

2) Аргументы о длинной конечности властей, тянущейся к третейской сфере, чтобы погреть свободы в ней, переносят акцент из сферы права в область политической и экономической коррупции, проблем использования властного ресурса и телефонного права. Но в их категориях любая юридическая дискуссия является бессмысленной, превращаясь в вопрос веры и необходимости выдвигать в адрес сторон спора предложения померяться между собой оптимизационным ресурсом: у кого больше шансов задействовать властный ресурс или подкуп?

И тогда сторонникам рассматриваемых аргументов, верящим в торжество в России коррупции и телефонного права, следует, наверное, посоветовать прекратить заниматься третейским разбирательством. В самом деле, зачем, если все равно свободы ликвидируются, а государство благодаря реформе все для себя так или иначе обеспечит путем давления безотносительно к тому, кто является арбитрами?

Я же предлагаю смотреть на проекты иначе: как попытку государства действительно улучшить ситуацию в третейской сфере для всех, без «фиги» в его кармане и без камня у него за пазухой, которым третейские свободы собираются размозжить.

Кто-то скажет: самообман и наивно-неинформированный оптимизм. Я отвечу: мизантропия, социопатия и патриофобия. При всем моем неприятии многих отечественных обыкновений я не готов транслировать всегда и во всем то неприятие российской действительности, какое по душе многим другим. Но это опять уже вопрос веры, обусловленной идеологией, базирующейся, в свою очередь, на экономических стимулах: я за поиск таких стимулов законным образом в российской третейской сфере, которая имеет в свете проектов шансы на развитие. А кто-то таких стимулов не видит, и критикует. Так и должно быть.

Безусловно, общая ситуация с судами в свете ликвидации ВАС РФ выглядит угнетающе. Как может такое быть, что в этих условиях я поддерживаю проекты Минюста? Я могу ошибаться, но мне кажется, что это тот случай, когда неуклюжие действия левой руки по внедрению хаоса в госарбитраж не исключают адекватности правой по устранению такового в арбитраже. Власть в России слишком велика и обильна, чтобы такое не казалось невозможным. Впрочем, я могу ошибаться.

## **6. ЧРЕЗМЕРНОСТЬ ПРЕДЛАГАЕМОГО ПРОТЕКЦИОНИЗМА В ОТНОШЕНИИ ИЗВЕСТНЫХ ИНОСТРАННЫХ АРБИТРАЖНЫХ ЦЕНТРОВ**

В п. 6 ст. 39 проекта закона «О третейских судах и арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» говорится: *«Решение о выдаче иностранному арбитражному учреждению разрешения на осуществление функций постоянно действующего арбитражного учреждения принимается Межведомственным экспертным советом в случае, если иностранное арбитражное учреждение обладает широко признанной международной репутацией»*. Это положение действительно заслуживает критики.

1) В нем в отношении иностранного учреждения используется критерий, который отличается от критерия, предлагаемого к использованию в отношении российских учреждений в п. 5 этой же статьи.

Это не соответствует требованию национального режима, который должен распространяться на иностранных лиц согласно обязательствам России как члена ВТО. Таким образом, это положение нарушает международный договор РФ.

2) Еще важный момент: какой смысл требовать от иностранного арбитражного учреждения обращения за разрешением, если оно и так уже «обладает широко признанной международной репутацией»?

Может быть, Минюст был бы сам в состоянии решить, какое иностранное арбитражное учреждение обладает подобной репутацией?

Тут вот еще какая странность: согласно п/п. 3 п. 7 ст. 11 упомянутого проекта Минюст должен будет утвердить перечень квалификаций, предусматривающих право на ведение юридической практики в иностранных государствах. Причем сам, без необходимости от представителей соответствующих профессий просить о признании их квалификации.

Почему бы и в данном случае не поступить таким же образом?

Почему Правительство РФ может принять Перечень иностранных образовательных организаций, которые выдают документы об образовании и (или) о квалификации, признаваемых в Российской Федерации (утв. распоряжением Правительства РФ от 19 сентября 2013 г. № 1694-р) без требований о получении каких-то разрешений, а Минюст не может решить менее масштабную задачу в отношении третейской сферы?

Опасения у Минюста состоят в том, что иностранные арбитражные учреждения в условиях отсутствия разрешения могут стараться захватить российский рынок арбитражных услуг? Маловероятно, среди функционеров таких центров, как и арбитров, имеется очень немного желающих подвергать процедуру рассмотрения споров под эгидой этих центров, равно как и процедуру оспаривания арбитражных решений, вынесенных по таким спорам, контролю российских судов. И эта ситуация не изменится еще очень много лет.

Важно понимать, что перенести рассмотрение споров под эгидой этих центров в Россию могут скорее стороны. И, между прочим, для развития российской третейской сферы это было бы неплохо. Разве страдает Англия или Германия от того, что на их территории третейский спор администрируется судом ИСС и рассматривается по его правилам? Нет, от этого все только выигрывают. Чего тогда бояться России?

Соответственно, благодаря этому критикуемому правилу пострадают, прежде всего, стороны спора, которые не будут иметь возможность рассматривать его в России под эгидой не суда *ad hoc* (как это вытекает из положений проекта), а постоянно действующего арбитражного учреждения.

И неужели разработчики настолько наивны, чтобы полагать, что иностранные арбитражные учреждения, обладающие широко признанной международной репутацией, захотят обращаться за разрешением, за подобной «аккредитацией»? Конечно же, нет. Они не только не будут делать это по принципиальным соображениям, но и еще и постараются лишней раз «пнуть» Россию за подобное «предложение».

Причем желающих помочь им в этом найдется в России достаточно. И они будут делать это со скорбной гримасой или с ухмылкой на каждой российской и иностранной конференции, как это ранее и было.

Россия в очередной раз на пустом месте выставит себя в дураках, да еще и создаст из себя мишень на самое далекое будущее.

3) Кроме того, в случае с рассматриваемым п. 6 мы имеем дело с еще одним потенциальным нарушением обязательств России как члена ВТО в тех ситуациях, когда иностранное арбитражное учреждение будет являться юридическим лицом.

Из п. 12 ст. 47 проекта ясно следует, что те российские юридические лица, при которых уже и так имеются третейские суды, обязаны обеспечить регистрацию таких



судов в качестве некоммерческих организаций, однако без получения разрешений на осуществление ими функций постоянно действующих арбитражных учреждений. Такие разрешения должны будут получаться только для новых арбитражных учреждений.

Но если иностранное юридическое лицо, являющееся некоммерческой организацией, уже и так выступает как арбитражное учреждение, причем согласно обязательствам России как члена ВТО и так уже имеет право осуществлять деятельность в России в третейской сфере, то с какой стати требовать от него согласно рассматриваемому п. 6 (а также п. 3 ст. 39 проекта) получения разрешения?

В силу принципа национального режима, коль скоро от российских некоммерческих организаций как постоянно действующих арбитражных учреждений не будет требоваться получение таких разрешений для деятельности в России, то и от иностранных юридических лиц, тем более уж являющихся некоммерческими организациями (даже находящихся за границей), получения такого разрешения требовать также нельзя.

А в проекте почему-то это требуют.

**4)** Наконец, тут имеет место еще одна крайне важная неясность, проблема квалификации понятий.

Согласно проекту в России постоянно действующие арбитражные учреждения должны являться юридическими лицами (кроме третейских судов при торгово-промышленных палатах).

Но должны ли для целей закона являться юридическими лицами иностранные арбитражные учреждения, о которых идет речь в п. 6 ст. 39 проекта закона «О третейских судах и арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации»?

Если они такими юридическими лицами не являются, то кто тогда должен обращаться за получением разрешения?

## **7. В ЧЕМ ЕЩЕ С КРИТИКАМИ ПРОЕКТОВ МОЖНО СОГЛАСИТЬСЯ**

**1)** *«Правила должны быть едины для всех третейских судов, в том числе при ТПП».* Безусловно. См. более подробно об этом ниже раздел 11.

**2)** *«Фридман предлагает сохранить право пересматривать третейские решения за судом первой инстанции»; «Предложение о передаче полномочий в части выдачи исполнительных листов и оспаривания решений в суд кассационной инстанции плохо согласуется с принципами организации судебной системы. Совпадение первой и кассационной инстанции не приведет ни к процессуальной экономии, ни к повышению качества судебных актов в этой сфере. В то же время количество судебных ошибок может возрасти. Кроме того, это отдалит первую инстанцию от самих сторон по спору».* Да, за исключением того, что качество судебных актов все же могло бы повыситься. См. также **замечания** к проекту Федерального конституционного закона «О внесении изменений в Федеральный конституционный закон „Об арбитражных судах в Российской Федерации“ в связи с принятием Федерального закона „О третейских судах и арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации“»;

**3)** Один из основополагающих для арбитража критериев арбитрабельности в проекте закона «О третейских судах и арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» (*«В арбитраж могут по соглашению сторон передаваться споры из гражданско-правовых и иных частноправовых отношений, если стороны спора в соответствии с законодательством Российской Федерации могут свободно распоряжаться своими процессуальными правами в рамках таких споров (изменять*

основания и предмет иска, признавать иск, отказываться от иска и заключать мировое соглашение)») описан не самым удачным образом.

Но и предлагать, как некоторые критики, «оставить за третейскими судами споры, которые „не затрагивают публичных интересов либо интересов третьих лиц“, по аналогии с законом о медиации», также не следует: это еще более неопределенный критерий. См. также мои **замечания** к п. 5 ст. 1 проекта закона «О третейских судах и арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации».

4) «Участники обсуждения назвали слишком обременительной для арбитражных учреждений обязанность публиковать информацию о решениях третейских судов, отмененных государственными судами. ...возможности отследить все судопроизводства по рассмотрению решений третейских судов в государственных судах просто нет. Между тем выявленное нарушение этого требования может послужить причиной для прекращения работы арбитражного учреждения, в результате чего пострадают участники процессов, которые оно будет организовывать в это время»; следует «для повышения реалистичности исполнения этого требования делегировать государственным судам обязанность информировать третейские суды об отмене их решений». В целом ввиду российской судебной специфики и возможной непрозрачности с публикацией судебных актов с критикой согласиться можно. См. также мой комментарий к п. 6 ст. 42 проекта закона «О третейских судах и арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации».

5) «При этом в указанную комиссию [Межведомственный экспертный совет, п. 4 ст. 39 проекта] войдут и представители ТПП, которая сама имеет третейские суды. Такая ситуация когда одни суды будут разрешать создание других исходя из целесообразности их создания на определенной территории представляется незаконной и недопустимой». Верно, здесь может быть конфликт интересов.

6) «Попробуем смоделировать, каково будет поле третейского разбирательства при реализации проекта закона. Очевидно, что общее число третейских судов резко сократится, а останутся они только в крупных городах и при крупных структурах. Исчезнут суды-однодневки и не работающие третейские суды. Конечно, полностью сохранится сеть третейских судов при ТПП. Большая часть независимых и небольших третейских судов, не обладающих административным или финансовым ресурсом, так же сойдет со сцены». Именно так. И в современных российских условиях в этом нет ничего плохого. И, кстати, ответственны в целом за то, что Минюст решил выступить санитаром третейского леса, сами нынешние третейские суды.

Согласно бытующему в третейской сфере образному сравнению, государственные суды являются аналогом общественного транспорта, тогда как третейские суды — аналогом индивидуального. Но сегодня в России такой индивидуальный транспорт имеет часто форму самокатов, велосипедов или гужевых средств передвижения. При этом многие операторы таких видов транспорта с правилами дорожного движения не знакомы, а некоторые даже знать их не хотят.

Как в такой ситуации быть Минюсту? Попробовать сверху начать индустриализацию средств передвижения по единым правилам или сохранить пестроту обитателей третейского леса, решив, что кто-то хорош, а кто-то плох, и поэтому последних следует ликвидировать? Само собой, разумным был бы только первый вариант.

Кстати, что касается риска перемещения третейских центров в крупные города, то он преувеличен. В некрупных городах третейское разбирательство не востребовано. А если будет востребовано, т.е. это будет означать скорее то, что бизнесмены и/или юристы оказываются грамотными лицами, то на помощь им может прийти арбитраж *ad hoc*.

7) *«Организационное усложнение третейского разбирательства вызовет и рост третейского сбора. Как итог — третейский суд это будет крупный, неповоротливый суд для богатых. Всем остальным субъектам гораздо эффективнее будет пользоваться государственным правосудием, это будет дешевле и быстрее».* Да, и опять тут нет ничего плохого. В России при нынешней системе правосудия третейское разбирательство всегда будет медленнее и дороже государственного суда, от которого власти искусственно во избежание социальной напряженности требуют рассматривать дела быстро и дешево, не поощряя взыскание с проигравшей стороны расходов на представителей выигравшей стороны. Зато в государственном суде страдает качество рассмотрения дел.

В третейском суде оно по определению должно быть выше. Но за это нужно платить замедлением процесса их рассмотрения, как и увеличением стоимости разбирательства. Цена использования индивидуального транспорта (см. выше) может быть меньше цены использования трамвая только если это, например, велосипед или самокат.

Тут мы также имеем дело с известным экономическим принципом «тройственной ограниченности», который описывает баланс в том или ином социальном процессе в контексте категорий стоимости, времени и качества. Согласно данному принципу из этих трех категорий одновременно сосуществовать могут только любые две, а третья по общему правилу самоисключается. Отсюда вывод: если рассмотрение исков в любом суде является быстрым и дешевым, то качественным оно быть скорее не может, включая и третейское разбирательство.

И отменить в социуме этот принцип никому не под силу, как бы ни хотелось, чтобы третейские суды в России были и многи числом, и небольшие, и быстрые, и дешевые, и качественные. Так не бывает.

8) *«Этого можно будет избежать, если многие диспозитивные положения закона непосредственно включить в третейское соглашение. При этом оно явно увеличится в объеме и те, кто хочет эффективного третейского суда будут усиленно „продавливать“ третейское соглашение на гораздо более жестких условиях».*

*Там где рынок не слишком конкурентен или партнеры не равны в своем влиянии, это легко удастся. Так что свобода договора формально не пострадает, а по факту злоупотребления сторон приобретут лишь новые, установленные законом, формы».* Да, третейские соглашения могут стать длиннее, а над ними придется больше думать. А что плохого в том, что юристы и бизнес лишней раз поразмышляют?

Неужели стандартные и примитивные арбитражные соглашения — панацея от всех бизнес-напастей и третейских бед? Понятно, что многие критики проектов предпочитают играть в отношении бизнеса патерналистскую роль проводника через все круги третейского ада, предлагая к тому же в целом стандартные вещи: так тактически удобнее, дешево и сердито.

Но стратегически, как и с точки зрения социальной ответственности третейским судам нужно признать право бизнеса подчинять третейскую процедуру своим интересам.

Указания же на неравенства, нарушение свободы договора и злоупотребления — явные преувеличения. К тому же сегодня возможностей для них еще больше, тогда как проекты, предлагая новые правила, как раз и сужают рамки для проявления подобных нежелательных явлений. Но тут уж кто что в проектах видит.

9) *«Вывод напрашивается сам собой, реформа позволит государству декларировать наличие третейских судов, но это будут третейские суды крупных структур и контролируемые ими вместе с Минюстом. Правда контроль Минюста будет явным и легальным, а контроль бенефициаров из явного, перейдет в теневую область. А так все чинно, благородно в русле мировых подходов...».* Мне кажется, что здесь явное

непонимание критикой смысла проектов. Не будет никакого явного контроля Минюста над арбитражными учреждениями: см. выше.

И да, проекты нацелены на создание крупных арбитражных учреждений самих по себе и под немного бóльшим контролем самих арбитров, а не арбитражных учреждений при крупных бизнес-структурах под контролем собственников / бенефициаров / хозяев (см. выше раздел 2). Они пытаются вернуть арбитражным учреждениям саму их природу: независимость и самостоятельность. Да, не все смогут такими стать. Но те, кто смогут, будут развиваться.

И точно, в любом случае будет чинее и благороднее, чем сейчас, причем в подлинном смысле этих слов и без иронии.

## **8. НЕПРОРАБОТАННОСТЬ ПРОЕКТОВ МИНЮСТА В СВЕТЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ РОССИИ КАК ЧЛЕНА ВТО**

Следует признать, что проекты в свете таких обязательств являются, к сожалению, недостаточно удовлетворительными.

Я попробовал максимально доходчиво объяснить это в п. 12 «Общих замечаний» к проекту закона «О третейских судах и арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации», а также в [замечаниях](#) к п. 6 ст. 39 и к п. 12 ст. 47 этого проекта.

О чем же думал раньше Минюст РФ? А ведь ему неоднократно сообщали еще до 2012 г. о том, что обязательства России как члена ВТО не выдерживают никакой критики с точки зрения тех юридических моментов, которые должны были быть ему интересны. Но Минюст РФ ничего не делал, т.к., наверное, опасался ссориться с МЭР РФ.

Теперь же Минюсту РФ нужно пожинать посеянное не им, но возвращенное при его попустительстве.

## **9. ПРОЧИЕ НЕДОСТАТКИ В ПРОЕКТАХ**

Безусловно, в проектах много и иных недостатков. Далее только о некоторых.

1) Так, не приведены все те иные законы, которые следует изменить в свете таких проектов (см. раздел 13 «Положения иных федеральных законов, изменения в которые потребуются в свете проектов» моих замечаний). И даже в тех, которые предлагается изменить, указаны не все положения, требующие корректировки (см., например, раздел 3 «Замечания к проекту закона о внесении изменений в ФЗ от 21 июля 1997 г. № 122-ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним»).

2) Не вполне понятны некоторые положения ст. 1 «Сфера применения» проекта закона «О третейских судах и арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации».

В их отношении возникают, прежде всего, вопросы, связанные с экстерриториальностью применения таких положений: они проработаны не до конца.

Например, из п. 4 (вкуче с п. 3) этой ст. 1 создается впечатление, что ст. 34, ст. 38, а также разделы XI и XII не распространяются на международный коммерческий арбитраж, имеющий место за границей, если его администрирует российское арбитражное учреждение (а ситуации с таким администрированием возможны). Правильно ли это?

Вопросы территориальности и экстерриториальности возникают также и в отношении корпоративных споров (ст. 2, п. 7 ст. 7, ст. 40): там речь идет о корпоративных спорах в связи с российскими юридическими лицами или вообще с любыми? А ведь это важно. И если первый вариант, то имеет ли смысл ограничиваться им?

Далее, из п. 3 ст. 2 проекта, особенно в сочетании с п. 3 его ст. 39 совсем непонятно, может ли созданное за пределами РФ арбитражное учреждение после

получения разрешения Минюста администрировать именно за рубежом любые споры как постоянно действующее по российскому закону учреждение, включая корпоративные споры в отношении российских юридических лиц?

Из п. 3 ст. 39 как раз вытекает, что да. Но даже и без него после получения разрешения такое администрирование можно было бы считать вполне возможным: разрешение то получено! Лучше бы эту неясность устранить.

3) В ст. 7 проекта следует решить важную проблему, часто возникающую на практике. Дело в том, что стороны часто в своих арбитражных соглашениях упоминают конкретный третейский центр / суд / институт, но элементарно забывают упомянуть о применимости его регламента. Ввиду этого в ст. 7 следует включить положение о том, что указание в арбитражном соглашении на постоянно действующее арбитражное учреждение означает также указание на применимость соответствующих правил этого учреждения, если иное не установлено прямым соглашением сторон. В противном случае стороны столкнутся с невозможностью применения регламента выбранного ими же учреждения хотя бы для назначения арбитров, что неразумно, нерационально и повлечет сложную процедуру назначения арбитров при помощи государственного суда.

4) В ст. 7 проекта следует также определить судьбу арбитражного соглашения сторон после того, как третейское решение, вынесенное на основании этого соглашения было отменено или же государственный суд отказался привести его в исполнение.

Например, в проекте изменений в АПК РФ эту проблему предлагается решать следующим образом: *«Отмена решения третейского суда не препятствует сторонам третейского разбирательства повторно обратиться в третейский суд, если возможность обращения в третейский суд не утрачена, или в арбитражный суд по общим правилам, предусмотренным настоящим Кодексом»* (новая редакция ст. 234). Однако это неточная и двусмысленная формулировка, которая на практике может порождать сложности. Она половинчата и не отвечает на основной вопрос: арбитражное соглашение в таком случае сохраняет все же полную силу или же все зависит от усмотрения государственного суда?

И почему именно в государственный арбитражный суд, России видимо? А в иностранный?

5) Также совершенно невозможно согласиться с отказом в ст. 35 и в ст. 37 проекта федерального закона «О третейских судах и арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» и в проекте изменений в Закон 1993 г. о МКА от формулировок Типового закона ЮНСИТРАЛ 1985 г. в отношении вопросов отмены третейских решений или отказа в их приведении в исполнение.

6) Кроме того, нельзя принять предложения об установлении уголовной ответственности за получение взятки (ст. 290), дачу взятки (ст. 291), посредничество во взяточничестве (ст. 291.1), провокацию взятки (ст. 304) в связи с третейскими судьями на том же уровне, что и для представителей власти или же лиц, связанных с властью: у этих деяний совершенно другой характер и иная степень общественной опасности.

7) Финально можно еще раз констатировать, что одной из самых глобальных ошибок проектов является то, что они не объявляют четко оказанием услуг саму деятельность третейского суда, сформированного в связи с арбитражным разбирательством, в том числе администрируемого постоянно действующим арбитражным учреждением. И это действительно очень жаль. Хотя понятно, что российское третейское сообщество и Минюст к такому радикализму вряд ли готовы.

## **10. ЖЕЛАТЕЛЬНОСТЬ ЗАКРЕПЛЕНИЯ В ПРОЕКТЕ ЗАКОНА «О ТРЕТЕЙСКИХ СУДАХ И АРБИТРАЖЕ (ТРЕТЕЙСКОМ РАЗБИРАТЕЛЬСТВЕ) В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ» МИНИМАЛЬНОЙ ДОЛИ ГОНОРАРНОГО СБОРА В АРБИТРАЖНОМ СБОРЕ**

Как известно, в этом проекте речь идет о том, что постоянно действующие арбитражные учреждения должны являться некоммерческими организациями (исключение установлено лишь для торгово-промышленных палат). Как должны и учредители таких учреждений.

Соответственно, целью деятельности арбитражных учреждений извлечение прибыли не может быть по определению. Но средства на деятельность им, конечно, нужны.

При этом также очевидно, что одной из важнейших смысловых задач проектов Минюста является формирование и развитие в России надлежащего сообщества арбитров, а не сообщества третейских центров, как это имеет место сегодня (см. выше раздел 2).

Но из этого следует, что арбитры за рассмотрение дел должны получать достойные гонорары.

В связи с этим будет полностью отвечать идеологии проектов идея закрепления в законе указания на то, что гонорарный сбор не может составлять менее, например, 60 % или 70 % арбитражного сбора. Это вполне разумно, особенно если предположить, что арбитражные сборы налогом облагаться, как предлагает Минюст, не должны.

Без такого закрепления арбитражные учреждения будут забирать себе 80 % (если не более) из арбитражных сборов, как это уже и имеет место сегодня: почему это они вдруг изменят свое поведение?

Государству следует понимать, что зарабатывать должно прежде всего сообщество в лице арбитров, а не столько арбитражные учреждения (но и они, конечно, должны иметь средства на ведение своей деятельности). Иначе цель реформы во многом достигнута не будет, а с точки зрения перспективы все кончится провалом.

В качестве паллиатива можно предложить более детальное указание в проекте на необходимость раскрытия финансовой информации о том, сколько средств получило арбитражное учреждение, и на что потратило эти средства. Это может быть особенно важным, если учитывать то, что сегодня во многих арбитражных центрах средства от арбитража попадают «в один котел» и используются для финансирования совершенно других вещей, а на развитие арбитража достаточные деньги не выделяются.

Само собой разумеется, что в ответ на это предложение тут же можно указать на то, что такое закрепление не может являться предметом для федерального закона и что вопрос о распределении административного и гонорарного сборов должен решаться в регламенте арбитражных учреждений. С этим трудно спорить.

Моя идея состоит только в том, что подобное закрепление, пусть и нестандартное, пошло бы на пользу третейскому сообществу в России. Возможно, ради такой цели на него следовало бы решиться.

## **11. СУДЬБЫ МКАС ПРИ ТПП РФ И МАК ПРИ ТПП РФ В СВЕТЕ ПРОЕКТОВ**

1) Опять-таки по слухам, одной из изначальных задач еще первых редакций проектов было лишение МКАС при ТПП РФ привилегированного положения в третейской сфере, включая отмену приложения 1 «Положение о Международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-промышленной палате Российской Федерации» к Закону 1993 г. о МКА, а также превращение МКАС при ТПП РФ в арбитражное учреждение в форме некоммерческой организации. И в первоначальных версиях проектов такое Положение действительно отсутствовало, а требование иметь статус юридического лица на МКАС распространялось. Однако в декабре 2013 г. в

Комплексе мер по развитию третейского судопроизводства в Российской Федерации уже указывается на необходимость сохранения упомянутого Положения, как и на исключение в отношении МКАС из общего требования к арбитражным учреждениям быть некоммерческими организациями. Догадки о том, почему это произошло, см. в моих комментариях к ст. 47 проекта закона «О третейских судах и арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации».

Лично мое мнение: для МКАС и МАК с точки зрения будущего и в свете экономических аспектов было бы гораздо перспективнее быть юридическими лицами. Кстати, в начале 90-х г. прошлого века эта идея уже обсуждалась, и шанс стать юридическими лицами у них был, но оказался нереализованным.

2) При этом в свете таких исключений для МКАС и МАК может вставать вопрос о соблюдении в проектах конституционного принципа равенства.

Другой вопрос — кто и в какой ситуации решит обратиться с таким требованием? Иностранцы лица из членов ВТО, которые могли бы еще сослаться и нарушение разницей в требованиях правил ВТО?

3) Равным образом может вставать вопрос и о том, а не является ли в свете ст. 4 Федерального закона от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» особый статус МКАС и МАК (наличие отдельных Положений о них, необязательность обладания статусом некоммерческой организации) созданием в третейской сфере дискриминационных условий (под которыми этот Закон понимает *«условия доступа на товарный рынок, условия производства, обмена, потребления, приобретения, продажи, иной передачи товара, при которых хозяйствующий субъект или несколько хозяйствующих субъектов поставлены в неравное положение по сравнению с другим хозяйствующим субъектом или другими хозяйствующими субъектами»*)?

Но даже если и предположить наличие таких дискриминационных условий, то в рамках самого указанного Закона № 135-ФЗ устранить их невозможно, коль скоро эти условия устанавливает другой федеральный закон. Сам Закон № 135-ФЗ запрещает устанавливать дискриминационные условия лишь хозяйствующим субъектам, а также в ч. 1 ст. 15 ряду других лиц: *«Федеральным органам исполнительной власти, органам государственной власти субъектов Российской Федерации, органам местного самоуправления, иным осуществляющим функции указанных органов или организациям, организациям, участвующим в предоставлении государственных или муниципальных услуг, а также государственным внебюджетным фондам, Центральному банку Российской Федерации запрещается принимать акты и (или) осуществлять действия (бездействие), которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции, за исключением предусмотренных федеральными законами случаев принятия актов и (или) осуществления таких действий (бездействия), в частности запрещаются:*

*...8) создание дискриминационных условий;»*. После принятия проектов в виде федеральных законов этот запрет станет неприменимым, а оспаривать рассматриваемые положения проектов будет возможно только либо через призму Конституции РФ, либо при помощи правил ВТО. Но кто, интересно, захочет обратиться с такими требованиями?

Однако сегодня желающие могли бы пытаться утверждать, что Минюст путем разработки соответствующих положений в проектах уже осуществил действия, которые могут привести к установлению ряда дискриминационных условий в третейской сфере.

4) Еще одной из изначальных задач еще первых редакций проектов называлось лишение МКАС права рассматривать споры предприятий с иностранными инвестициями и международных объединений и организаций, созданных на территории РФ, между собой, споры между их участниками, а равно их споры с другими субъектами права РФ.



На первый взгляд, эта цель достигнута: указание на возможность для МКАС решать такие споры в проектах действительно отсутствует.

Однако такое отсутствие еще ничего не значит. По идеологии проекта эти дела, особенно в свете допущения арбитрабельности корпоративных споров, в зависимости от их субъектного состава будут решаться либо по правилам для международного коммерческого арбитража, либо по правилам для внутреннего арбитража. Между тем МКАС сможет при желании выступить как первым, так и вторым.

Правда, некоторые сомнения по поводу возможности для МКАС быть внутренним арбитражем порождаются формулировкой в п. 1 проекта Положения о МКАС о том, что *«В случаях и в порядке, предусмотренных Федеральным законом „О третейских судах и арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации“, Международный коммерческий арбитражный суд может администрировать третейское разбирательство и в соответствии с указанным законом»*. Что такое *«В случаях»*? Необходимость специального упоминания о МКАС в Федеральном законе «О третейских судах и арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации»? Такого в нем нет.

Или же под *«В случаях»* можно понимать п. 10 ст. 39 «Создание и ведение деятельности постоянно действующих арбитражных учреждений в Российской Федерации» в проекте такого закона: *«Постоянно действующее арбитражное учреждение вправе осуществлять следующие виды деятельности по администрированию арбитража (при условии, что осуществление этих видов деятельности предусмотрено правилами постоянно действующего арбитражного учреждения):*

- 1) администрирование международного коммерческого арбитража;
- 2) администрирование арбитража внутренних споров;»?

Корректным будет, конечно же, второй вариант. Поэтому МКАС при желании будет вправе рассматривать и внутренние корпоративные споры, в том числе в связи с иностранными инвестициями. Правда, существует вероятность того, что ТПП РФ может решить не развивать его в качестве внутреннего арбитража, наделив такой ролью другой третейский суд под своей эгидой: Третейский суд для разрешения экономических споров. Он, как известно, сегодня как раз и предназначен, в том числе, для решения внутренних споров. Однако будем надеяться, что указанный вероятный вариант не реализуется, ведь в ином случае ничего, кроме сожаления, вызывать это с точки зрения развития МКАС не будет.

5) Так что предлагаемые проекты для судебных МКАС и МАК являются более чем благоприятными, особенно в контексте международного коммерческого арбитража. Они могут поставить их в гораздо более выгодное положение по сравнению со всеми существующими сейчас третейскими центрами, нежели сегодня. Не исключено, что после принятия этих проектов МКАС займет очень серьезную долю рынка услуг по международному коммерческому арбитражу.

6) Единственный чувствительный момент для МКАС и МАК: правила о комитете по назначениям в проекте закона «О третейских судах и арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации». В п. 2 его ст. 42 говорится о том, что такой комитет избирается собранием арбитров. Пункт 5 ст. 42, указывающий на то, что формирование этого комитета определяется правилами арбитража, это требование не устраняет. В п. 13 ст. 47 и в проектах Положений о МКАС и МАК говорится, что ТПП РФ утверждает правила арбитража, но это опять-таки не нейтрализует п. 2 ст. 42. В итоге ТПП РФ может лишиться возможности определять состав комитета по назначениям, к которому призваны перейти функции президиумов МКАС и МАК по назначению арбитров и председателей составов арбитража. Так что если эти правила вступят в силу,



то президиумам МКАС и МАК в их нынешнем виде наступит конец, и их придется реформировать.

## **12. ПРОЕКТЫ МИНЮСТА КАК «ОБМАНКА»? НЕРЕАЛИСТИЧНОСТЬ ПРИНЯТИЯ ЭТИХ ПРОЕКТОВ**

Надо сказать, что в то же время после прочтения проектов у меня сложилось впечатление, что их появление — во многом то выполнение Минюстом поручения Президента РФ и Правительства РФ, о котором нужно было как можно скорее отчитаться. Своего рода полуфабрикат, особенно с юридико-технической точки зрения, хотя повторю, что их идеологическое наполнение у меня неприятия в целом не вызывает.

Причем выполнение поспешное, о чем как и раз и свидетельствует наличие необъяснимо большого количества юридико-технических ляпов.

О спешке говорит, в частности, то, что при вынесении на обсуждение проектов, которые, несомненно, были подготовлены еще ранее 2013 г., не было проверено, а не изменялись ли позднее те законы, которые проекты предлагают поменять. В итоге проекты в ряде случаев исходят из старых версий таких законов: см., например, п. 3.7 и п. 7.4 в моих **замечаниях**.

Далее, Минюст не может не понимать, что его идеи об изменениях в УК РФ вызовут серьезнейшее неприятие опять-таки с формальной точки зрения со стороны как ВС РФ, так и представителей уголовно-правовой доктрины, что было бы более чем верно, учитывая их непроработанность (см. раздел 7 в моих замечаниях).

Далее, Минюст не может не осознавать, что Минфин подобные радикальные налоговые предложения в отношении третьей сферы в нынешней ситуации просто не поддержит.

Но самое главное: это нереалистичность принятия изменений в АПК РФ и в ГПК РФ в условиях ликвидации ВАС РФ и создания нового ВС РФ. Очевидно же, что без мнения последнего такие изменения невозможны, а появится это мнение не ранее 2015 г., а то и гораздо позднее.

*«Глава президентского правового управления не исключает, что со временем в связи со слиянием судов потребуется и „единый процессуальный кодекс“, на основе которого будут решаться все гражданские, арбитражные и иные споры. Уголовные дела будут рассматриваться по действующему Уголовно-процессуальному кодексу (УПК). „Думаю, вопрос о разработке единого кодекса встанет перед нами в конце года“, — заявила „Б“ госпожа Брычева. При этом она подчеркнула, что в его разработке должны принять участие представители всех профессиональных сообществ, так или иначе причастных к гражданскому и арбитражному судопроизводству. Эксперты уже высказывались о необходимости разработки единого гражданского процессуального кодекса на основе „более прогрессивного“ арбитражного процессуального кодекса (АПК). „Учитывая позитивные тенденции арбитража, проще всего взять за основу АПК и, подработав его, придать ему характер единого“, — заявлял „Б“ зампред Высшей квалификационной коллегии судей Валерий Мусин» (<http://www.kommersant.ru/doc/2417379>).*

Так что эти проекты, даже если их и внесут в Госдуму летом 2014 г., обречены там находиться еще достаточно долго.

Однако Минюст предпринял вполне по законам бюрократии разумный шаг: он предложил для обсуждения смелые проекты, которые, однако, заведомо во многом нереализуемы как с точки зрения других органов власти, так и по чисто техническим причинам в свете реформирования ВС РФ. Но теперь это будет проблема других, а Минюст поручение выполнил.

Так что пока можно никуда не спешить.

### 13. ФИНАЛЬНО: ЕЩЕ КРИТИКА КРИТИКИ

Я намеренно во избежание лишних обид не привожу ФИО авторов цитат: *sapienti sat*. Кроме того, ниже количество аргументов с моей стороны может показаться недостаточным: тогда см. выше.

1) *«Поправки Минюста не решают проблему „лжесудов“, которые выносят „нужные“ учредителям или сторонам договора решения...».*

Ничем не обоснованное утверждение. Именно что решают в целом.

2) *«...формализация правил третейского разбирательства...».*

Поразительно для любого, что внимательно читал проекты. Откуда же таковая в либеральнейшем Типовом законе ЮНСИТРАЛ, ставшем основой и для регулирования внутреннего арбитража, если также учитывать право сторон самим определять процедуру?

3) *«Печально, но большая часть юристов не вовлеченных в третейское разбирательство искренне считает, что реформа даст свои плоды в виде окрепшего третейского разбирательства и исчезновения злоупотреблений.»*

*И не нужно удивляться, если скоро начнется информационный вброс, о поддержке данного проекта по существу с необходимостью корректировки отдельных деталей».*

Настоящая статья — часть такого вброса ))).

4) *«Все основные новеллы законопроектов..., по замыслу Минюста, должны..., ... главное, привести к сокращению числа отечественных центров третейского разбирательства. Последнее условие, с учетом невозможности ограничения деятельности третейских судов для конкретного случая (ad hoc), представляется недостижимым. Да в этом и нет никакой необходимости, поскольку только естественным отбором определяется востребованность и живучесть третейских судов, о чем справедливо замечает Е.А. Виноградова в одном из своих интервью журналу „Третейский суд“».*

Напротив, совершенно достижимое и разумное условие, причем без ущерба для потенциала нормальных судов *ad hoc* (см. выше).

Естественный отбор — великая вещь, однако его законы в социуме, что давно общеизвестно, претерпевают изменения. Подумайте только, где бы было бы сейчас сельское хозяйство, если бы не вмешательство разума. И я бы на указанное мнение в вопросах естественного арбитра-отбора не ориентировался.

5) *«Исключение принципов третейского разбирательства из пакета законопроектов и, прежде всего, принципа диспозитивности, позволяет разработчикам конструировать немыслимые и несоответствующие российской и мировой практике третейского разбирательства построения».*

Ну вот откуда у многих представителей современного третейского сообщества представление о том, что в третейской сфере все сугубо диспозитивно и не требует ответственного подхода, самоограничений?

И нет в проектах ничего из не соответствующих или немыслимых либо несоответствующих российской и мировой практике третейского разбирательства построений. Если честно, то Минюст еще и проявил терпимость в отношении много чего.

6) *«Диспозитивность, по мнению Минюста, не должна простирается широко и не касается вопросов создания третейского суда...».*

Однозначно так и должно быть. Неужели можно хотеть быть «институтом гражданского общества, наделенным публично значимыми функциями» и претендовать на иное?

7) *«Борьба с возможной зависимостью третейских судов открывает дорогу к созданию фантомов (третейских судов в форме юридического лица), у которых эта зависимость становится вполне формализованной, а возможности для злоупотреблений третейским разбирательством путем обращения по надуманным поводам в государственные суды со стороны недобросовестных контрагентов только расширяются».*

Я могу ошибаться, что мне кажется, что это какой-то явно невнятный набор слов. Это прелестно: «фантомом» объявляются юридические лица, а не еще большие фикции, чем современные третейские суды. *«Возможности для злоупотреблений третейским разбирательством путем обращения по надуманным поводам в государственные суды со стороны недобросовестных контрагентов»?* Будем считать, что это неудачная формулировка.

8) *«Возможно ли поменять парадигму, привести концептуальный подход, представленный в пакете законов по третейской реформе, в соответствие с правовой природой, чтобы не наломать дров? Скорее да, чем нет. Время еще есть. Мы оптимисты и верим в здравый смысл».*

Я также верю в то, что критики могут вникнуть в основы того, как в современных условиях надлежит третейским центрам быть и действовать. Но я на истину не претендую: это вопрос веры.

9) *«Вопросов „Почему?“ звучало очень много. Почему арбитрами могут быть только юристы, а, например, не финансисты, если речь идет о биржевом арбитраже? Почему в списке должно быть 30 арбитров? Почему возраст арбитров должен быть не ниже 25 лет?»; «Требования к списку арбитров, который должен быть при постоянно действующем институте, считают юристы, довольно строги, но скудно обоснованы. „Почему в списке должно быть только 30 арбитров и только с юридическим образованием? Что делать, если в третейском суде разбирается финансовый вопрос и нужно привлечь бухгалтера [без юридического образования]?... Зачем нужно требование к зарубежной квалификации трети арбитров? Почему судьи должны быть старше 25 лет, а не 30 или 40?“. Такие требования взяты „с потолка“, и есть риск, что „весь мир будет смеяться“».*

На самом деле, если взглянуть на ст. 11 («7. Если стороны не заключили прямого соглашения об ином, арбитр, разрешающий спор единолично, а в случае коллегиального разрешения спора при соблюдении положений пункта 8 председатель состава арбитража должен соответствовать одному из следующих требований:

<...>

8. В случае коллегиального разрешения спора стороны могут прямо договориться о том, что председатель состава арбитража может не соответствовать требованиям, установленным в пункте 7 настоящей статьи, при условии, что в состав арбитража будет входить арбитр, соответствующий указанным требованиям»), то видно, что и финансисты, и иные лица смогут быть арбитрами. Будут вправе и специалисты в области строительства, а также в сфере биржевой торговли или торгового мореплавания и т.д.: надо только внимательно читать проекты и нормально составлять арбитражные соглашения.

В остальном: мелкие придирки, над которыми, в свою очередь, можно также посмеяться.

10) *«А на самом деле этот проект не результат кропотливого труда, а банальный перевод западных законов (процентов на 20, а самые одиозные положения результат творчества юристов мало что понимающих во внутреннем третейском разбирательстве».*

Некорректное утверждение, доказывающее неполное знакомство с предметом.

11) *«Новый проект „декларативен“, в нем слишком много общих слов».*

Гораздо в меньшей степени, чем в его критике.

12) *«Президент Владимир Путин призвал развивать третейские суды, и началось „грандиозное законотворческое действие“, в котором юридические фирмы участвовали „на скорую руку“»; «Проект писали те, у кого „нет понимания и опыта“»; «Для работы над проектом надо было изначально привлечь специалистов, у которых есть опыт написания законов и работы в третейских судах, — Алексея Костина и Александра Комарова из МКАС при ТПП, Евгения Суханова из МГУ».*

Если юристы участвовали «на скорую руку», хотя имелся координатор работы по созданию обсуждаемых проектов со стороны юридического сообщества, то зачем кому-то из них публично их критиковать?

Вряд ли «нет понимания и опыта»: все-таки это незаслуженные оценки. Вернее было бы говорить о неаккуратности в плане юридической техники из-за серьезной спешки Минюста.

Далее, надо понимать, что упомянутые специалисты — сторонники серьезного размежевания внутреннего арбитража и МКА, а это для российской третейской сферы неперспективный подход. Кроме того, они вряд ли не будут учитывать интересы ТПП РФ, а это уже может порождать у кого-то сомнения в их беспристрастности.

13) *«...категорически возражал против комиссии по третейским судам при Минюсте. По мнению выступающего, подобная комиссия могла бы быть при общественной организации (например, при Ассоциации юристов России), но не при госоргане»; «С недобросовестными судами могла бы бороться комиссия при Ассоциации юристов...».*

Вряд ли разумное предложение: Ассоциация эффективной в данном плане оказаться по многим причинам не сможет.

14) *«Нужно разрешить создавать третейские суды компаниям, но должен быть критерий отбора, предлагал он: например, публичность компании. Крупные предприятия и холдинги, у которых много договоров, заинтересованы в третейском правосудии...».*

Подобные исключения только искажали бы природу арбитражных учреждений: независимость и беспристрастность. А крупные компании даже в условиях нововведений смогут все равно создать себе такие учреждения. Другой вопрос, что контроль для них над ними будет затруден.

15) *«Кстати не ясен смысл распространения общих требований на создание и деятельность ведомственных арбитражей, рассматривающих споры только внутри одного холдинга. Для какой высокой цели они должны проводить все эти реорганизации и чьи права в этой ситуации отстаивает закон?».*

Отстаивает чистоту идеи арбитража и интересы общества. Вполне достойна цель.

16) *«Однако, что после нее останется — третейские суды, встроенные в вертикаль судебной власти».*

Ничем не обоснованное опасение. Проекты все же наделяют арбитражные учреждения большими правами и обязанностями, нежели у них имеется сегодня, в том

числе и в отношениях с судебной властью, а это и есть основа для их более серьезной самостоятельности и независимости.

17) *«А детально прописанные в законопроектах требования к регламентам судов, спискам арбитров, их возрасту, по его мнению, просто взяты с потолка. Если они будут введены, то, рассматривая российский третейский суд, стороны будут задумываться: а хороший ли там список арбитров, соответствует ли он законодательству? И скорее всего, не рискнут выбрать Россию как место арбитража».*

Как раз очень хорошо, что они будут именно что задумываться. Как начнут задумываться и арбитражные учреждения. Наоборот, это приведет к большей конкуренции между ними и повышению шансов на обращение именно в российские учреждения.

18) *«Кроме того, ...из текстов законопроектов видно, что третейское разбирательство рассматривается в них как услуга. В связи с этим непонятно, почему предусмотрен иммунитет арбитров за принятое решение от любой гражданско-правовой ответственности, а иммунитет самого института не предусмотрен. Возникает риск, что если решение третейского суда будет отменено, то сторона, которая заплатила третейский сбор, может потребовать его обратно, мотивируя тем, что услуги оказаны некачественно, что подтверждено преюдицией об отмене решения».*

Напротив, вполне понятно: такое решение было принято осознанно, чтобы не создавать лишних сложностей для арбитров. И их то деятельность проекты услугами как раз не считают. А для учреждений ответственность решили ввести, т.к. они считаются именно что оказывающими услуги.

Кстати, подобная ответственность и сегодня может считаться существующей в свете гражданского законодательства РФ. А то, что в ряде случаев сторона может потребовать обратно сбор — ничего страшного, ведь это возможно в редких случаях, а в следующий раз виновное арбитражное учреждение будет действовать более осмотрительно и качественно.

19) *«Например, по мнению многих юристов, довольно сомнительным выглядит критерий, на основании которого согласно п. 5 ст. 39 законопроекта о третейских судах должно приниматься решение о выдаче разрешения на деятельность арбитражного учреждения: деятельность созданного или создаваемого в Российской Федерации постоянно действующего арбитражного учреждения должна способствовать развитию в РФ третейского разбирательства, укреплению законности, становлению и развитию партнерских деловых отношений, формированию этики делового оборота. Но как доказать, что деятельность действительно этому способствует? ...именно в законе о третейских судах, а не каком-то подзаконном акте должны содержаться четкие правила на этот счет»; «Такой метод регулирования противоречит антикоррупционному подходу к регулированию прав, поскольку решение принимается на основании субъективного усмотрения».*

В праве множество «каучуковых» норм. К тому же ответить на прозвучавший вопрос при помощи четких критериев невозможно. Борьба с произволом и возможной коррупцией может помочь только открытость и прозрачность совета, выдающего разрешения.

20) *«Одним махом в п. 8 ст. 7 проекта решен сложный теоретический вопрос о правовой природе третейского соглашения — авторы явные сторонники материальной теории третейского соглашения, поскольку на третейское соглашение напрямую распространены нормы гражданского права о договорах присоединения».*

Это нормальный выбор законодателя. Все разговоры о сложной теоретической правовой природе третейского соглашения без попытки сделать финальный выбор — излишняя скучная догматика, напоминающая дилемму буриданова осла.

**21)** *«Все существенные изменения третейского разбирательства можно свести к нескольким блокам: меры направленные на установление входных барьеров при создании третейского суда, регулирование процесса рассмотрения спора в третейском суде, регулирование процесса перехода на новые положения закона».*

Можно и так сказать, хотя все гораздо сложнее и интереснее.

**22)** *«Для достижения этого третейскому суду по сути придают статус юридического лица, что последовательно отвергала юридическая наука по целому ряду причин»; «Хотя, стоит признать, что как раз эта логика не доведена до конца, поскольку сохраняется двойственное положение — третейский суд при ком-либо. Ранее это было прямо предусмотрено законом, сейчас будет называться администрированием третейского разбирательства, но суть явления от этого не меняется, тем более что это НКО иную деятельность вести не может».*

Явное непонимание смысла проектов. Статус юридического лица придают не третейскому суду, а лицу, администрирующему третейское разбирательство. А это «две большие разницы». Кстати, большинство западных центров, администрирующих арбитраж, являются как раз юридическими лицами. Суд ICC и суд SCC — скорее исключения.

**23)** *«По ст. 39 проекта администрировать третейское разбирательство сможет только некоммерческая организация (НКО) занимающаяся только указанной деятельностью, созданная несколькими некоммерческими организациями и получившая разрешение Межведомственной комиссии на создание третейского суда».*

Во-первых, не только такой деятельностью. Во-вторых, требование о получении разрешения не касается уже существующих сегодня третейских центров (см. выше, а также соответствующий проект). В-третьих, согласно проектам разрешение выдает Минюст, а не некая комиссия (в проекте говорится о совете).

**24)** *«Почему была реанимирована эта идея, да еще в форме НКО со специальной правоспособностью, понять легко. Все дело в том, что Минюст обладает полномочиями именно в сфере контроля за НКО. Не составляло труда создать механизм контроля Минюстом третейских судов такой же, какой существует в отношении нотариусов, адвокатов, но решили пойти по простому пути и осуществлять контроль напрямую, минуя профильные образования (палаты) в этой сфере. Аргумент, что третейские суды не доросли до такого уровня регулирования, видимо был признан верным».*

Некоторое упрощение (но не насчет самоуправления). Требование наличия статуса некоммерческой организации ясно проистекает из той природы третейских судов, которую определил КС РФ в Постановлении от 26 мая 2011 г. № 10-П: «институты гражданского общества, наделенные публично значимыми функциями» (см. также выше).

**25)** *«Другим барьером при создании третейских судов должна стать Межведомственная комиссия при Минюсте, которая будет давать разрешение на создание третейского суда. При этом предметом анализа этой комиссии помимо соответствия закону поданных документов, будет решение вопроса о том, что „деятельность созданного или создаваемого в Российской Федерации постоянно действующего арбитражного учреждения будет способствовать развитию в Российской Федерации третейского разбирательства, укреплению законности, становлению и развитию партнерских деловых отношений, формированию этики*

делового оборота“ (п. 5 ст. 39 проекта). Такая формулировка противоречит исторически сложившимся подходам — третейский суд институт общества, основанный на частной инициативе. Если вводить регистрационные мероприятия, то они должны быть направлены на анализ соответствия документов третейского суда закону, а не на оценку необходимости создания третейского суда и соответствия его субъективным критериям членов комиссии».

См. выше п. 3 раздела 3.

**26)** *«Стоит отметить, что эта модель регулирования только внешне решает проблему зависимости третейских судов от учредителей организации, при которых она создана. В настоящее время связь учредителя и третейского суда является явной (например, третейский суд при каком-то ОАО или любой организации). Если суд может быть создан только при регистрации отдельного НКО, то такая связь никуда не исчезнет, но будет скрыта от общества. Или составителям проекта даже мысль не приходит, что любой крупный холдинг найдет несколько НКО готовых выступить учредителями НКО, которая и будет администрировать третейский суд. Только вот стороны процесса, такую связь уже выявить не смогут, поскольку цепочка учредителей будет весьма длинная. Таким образом, этот подход не приведет к уменьшению таких злоупотреблений, а лишь затруднит их выявление».*

Явное преувеличение. Никто такие «цепочки» создавать не будет: неэффективно. Да и связь при желании выявить будет можно.

**27)** *«Требование о необходимости двух учредителей НКО приведет в частности к невозможности для многих действующих третейских судов привести документы в соответствие с законом. Например, в такой некоммерческой организации как автономная некоммерческая организация (а в этой форме действуют многие третейские суды) процедура смены учредителей вообще отсутствует. Соответственно многие будут вынуждены искусственно создавать новые НКО для передачи туда действующих третейских судов, при этом вопрос о передаче имущества которое у многих НКО за годы работы накопилось, остается неурегулированным».*

Да, проблемы такого технического свойства возможны. Но они не настолько серьезны, чтобы их не преодолеть в рамках действующего законодательства, включая вопрос о передаче имущества: тут точно нет никаких серьезных законодательных неясностей.

**28)** *«При этом остается открытым вопрос о составе и местонахождении этой комиссии. Видимо она будет одна на всю Россию из видных представителей юридического сообщества. При этом они должны обладать познаниями именно в сфере третейского разбирательства и знать какие третейские суды как работают в этой сфере и какой репутацией обладают. Видимо, Минюст обладает списками таких мудрецов, которые будут решать какой третейский суд более полезен России и конкретному региону, то ли путем анализа типовых регламентов, то ли по фотографии председателя».*

Явное преувеличение. Желающих работать в этом совете найдется достаточно, а его функционирование может быть вполне эффективным, даже если он будет только в Москве. Прочие технические сложности преодолимы.

**29)** *«Проект предполагает запретить закрытые списки арбитров (т.е. выбирать можно только из предложенных третейским судом кандидатур), а значит арбитром может стать любое лицо соответствующее критериям закона. При этом все репутационные потери от некачественных решений будет нести третейский суд, в виде обязанности публиковать данные об отмене решений или отводах арбитров. Совершенно*

неясно откуда при этом подходе появятся квалифицированные третейские судьи выносящие грамотные решения, если для стороны гораздо выгоднее вместо подготовки грамотного представителя ввести в состав арбитров своего судью и тем самым затруднить процесс».

Еще одно явное преувеличение: в нормальном арбитраже так просто, как здесь предполагается, быть не может. Да и сама критика не вполне логична.

Проблема скорее в другом: должна ли у арбитражного учреждения иметься обязанность вести подобный список? Мне кажется, что нет, но вряд ли российское третейское сообщество и Минюст готовы к такому радикальному шагу.

**30)** *«Третейский суд столкнется с массовым приходом в третейский судейский корпус лиц, не имеющих ни малейшего представления о третейском разбирательстве, что парализует рассмотрение конкретных дел. Довод, что этого не произойдет, поскольку повредит репутации юристов, чистой воды идеализм при современном избытке юристов. Любой из нас легко найдет юриста старше 25 лет готового за вознаграждение поучаствовать в третейском разбирательстве под страхом потери репутации. Сам третейский суд не особо будет заинтересован в подготовке квалифицированных специалистов, если он не может влиять на состав третейского суда».*

Очередная эсхатология, всерьез к которой при нормальной постановке дела по рассмотрению третейских споров относиться нельзя.

**31)** *«В силу ст. 42 проекта третейский суд должен иметь список рекомендованных арбитров, включающий не менее 30 человек. Не очень ясен замысел для чего нужно это требование, если указанным списком никто не обязан руководствоваться. Видимо цель этого нововведения просто усложнить порядок создания лишив возможности его выполнения небольшими структурами».*

Ну хоть какие-то ориентиры должны быть, тем более что многие критики голосуют за большее число в проектах? А как же быть еще с удовлетворением честолюбия многих арбитров? Хотя в целом можно согласиться с тем, что создание списка не имеет превращать для арбитражного учреждения в обязанность: это должно быть его право. Хотя, как уже говорилось, это было бы, наверное, слишком радикально.

**32)** *«Наличие комитета по назначениям, который еще и подвергается ротации, крайне затруднит работу реально работающих третейских судов. Многие третейские суды рассматривают сотни дел в год. Поэтому ежедневно созывать комитет лишь для назначения формирования состава суда, если это не сделала сторона, явно излишне. Сегодня эту функцию выполняет председатель суда и его замена на коллегиальный орган никак не гарантируют от злоупотреблений, если они есть в третейском суде, но осложняют деятельность нормально работающих судов. Комитет должен состоять не менее чем из 5 юристов, из которых 3 не должны быть связаны с третейским судом. Кто сможет объяснить мотивы этих трех профессионалов не получающих вознаграждение, каждый день ходить в третейский суд и принимать решения о формировании состава суда? Ответ очевиден, эта функция будет реализовать лишь фиктивно, а соответственно никакой фильтрации ненадлежащих арбитров реально произойдет».*

А кто говорит, что они должны работать бесплатно? Напротив, они должны открыто и прозрачно получать вознаграждение за свою деятельность.

И можно подумать, что сегодня при выполнении функции единоличным лицом (председателем) почвы для злоупотреблений меньше.



**33)** *«Формирование состава третейского суда для рассмотрения конкретного дела теперь весьма сложная процедура в силу того, что теперь она регулируется напрямую законом и третейским соглашением, а не регламентами как ранее. Теперь каждая из сторон выбирает арбитров по своему усмотрению в течение 30 дней, а если они потом не выберут третьего арбитра или не выберут его в указанный срок, то это вопрос опять же в 30-дневный срок передается в компетентный суд, который производит назначение. А уже потом к этому вопросу подключится комитет по назначениям».*

К сожалению, плохое знакомство со ст. 11 проекта закона «О третейских судах и арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации».

**34)** *«Введение института содействия третейскому разбирательству со стороны компетентных судов является институтом, заимствованным из зарубежного регулирования некоторых государств. Такой подход не адаптирован к российским условиям функционирования судебной системы. Рассмотрение отводов третейскому судье, формирование состава третейского суда, разрешение заявления о компетенции, помощь в истребовании доказательств должно сопровождаться существенным изменением процессуального законодательства путем сокращения срока рассмотрения такого заявления до 1-2 дней. Предлагаемый проектом 30-дневный срок явно выглядит анахронизмом и тормозом в судопроизводстве, а не содействием третейскому суду. Неужели государственный суд будет целый месяц напряженно думать: какого судью же третейского судью назначить на конкретное разбирательство. С учетом загруженности судебной системы увеличение нагрузки приведет к резкому увеличению сроков рассмотрения дел третейским судом и злоупотреблениям ответчиков для увеличения этих сроков».*

Аккуратно формулируйте арбитражные соглашения, и таких проблем просто не будет.

И суды, наверное, единственный кандидат на роль таких органов. Не Общественную же палату или исполнительные органы власти привлекать?

**35)** *«Законодательное закрепление содержания регламентов третейских судов представляется излишним, поскольку гибкость третейского разбирательства как раз и является его преимуществом».*

Положения проектов в данном отношении ничуть не обременительны.

**36)** *«Выполнить другие требования закона тоже отнюдь не просто, например, требование о наличии рекомендованного списка арбитров не менее 30 человек приведет к невозможности существования суда в небольших городах. Такое регулирование дискриминирует субъектов права, в зависимости от численности населенного пункта, где они проживают. Это приведет к фиктивному или реальному слиянию мелких третейских судов и взаимному обмену списками арбитров. Вполне возможно это приведет к взрывному распространению судов *ad hoc*, которым не нужно проходить эти процедуры».*

По этому поводу см. выше п. 6 раздела 7. По поводу судов *ad hoc* — выше подраздел 5 раздела 3.

**37)** *«Дефектом терминологии или непониманием смысла изложенного представляется п. 4 ст. 47 проекта предусматривающий передачу функций администрирования от одной организации к другой при котором „учредители создаваемого учреждения должны представить письменное согласие всех учредителей ранее созданного учреждения на использование его наименования новым арбитражным учреждением“. Во-первых, сам термин „учредители“ некорректен, видимо имелись в*

виду участники организации или вообще орган управления, поскольку во многих организациях учредители не могут влиять на управление, а все права организации реализуются только через участников или специальные органы. Указанная норма должна была бы защитить от присвоения чужого третейского суда. А по факту попробуйте собрать согласие всех учредителей ОАО „Газпром“, для передачи функций третейского суда! Третейским судам при крупных организациях выполнить такое требование в принципе невозможно».

Явное непонимание вопроса. Согласно ст. 3 «Порядок образования и деятельности третейских судов» Федерального закона от 24 июля 2002 г. № 102-ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» третейский суд учреждало само ОАО «Газпром», а не его учредители. Поэтому последних спрашивать совсем не нужно.

Хотя терминологию шлифовать можно: проекты в этом плане из-за спешки в их подготовке не вполне совершенны.

**38)** *«„Третейское сообщество хочет сохранить диспозитивность разбирательства, которую сейчас ограничивает проект“... Новый проект... допускает непосредственное вмешательство государственных институтов в регулирование третейского разбирательства».*

Критик опять плохо читал или понял проект. Он диспозитивность именно что разбирательства даже расширяет. А вот организацию арбитражных центров ограничивает, но это другой вопрос.

И да, допускает — но таких государственных институтов, как суды. И то в редких случаях, что не страшнее, чем сегодня.

**39)** *«Постоянно действующие суды должны публиковать отчетность. Какой в этом смысл? Узнать, на что расходуются гонорары арбитров?».*

Смысл огромный. Если ты «институт гражданского общества, наделенный публично значимыми функциями», то будь добр — отчитывайся перед обществом по максимуму.

И при чем тут гонорары арбитров? Это явное передергивание. Вопрос же совсем в ином — расходуются ли на гонорары арбитров (они же и есть основные фигуранты в третейской сфере), как и на продвижение дела третейского разбирательства получаемые третейским центром доходы? Или же на что-то иное?

**40)** *«Поэтому, полагаю, что для борьбы со злоупотреблениями в третейском разбирательстве нужно не просто ранжировать всевозможные центры третейского разбирательства, а следует представлять те нарушения закона, которые происходят, и именно на них реагировать необходимыми, достаточными и адекватными мерами».*

Ранжировать и реагировать каким таким образом? Наверное, собрать тот же экспертный совет, наличие которого критика же и осуждает? Где логика?

**41)** *«Например, чтобы предотвратить манипулирование процедурой третейского разбирательства или названием третейского суда нет необходимости одевать их в „одежды» юридического лица, а достаточно ввести нормативно-явочный порядок создания третейских судов с контролем процессуальных документов третейских судов и включением их в общедоступную базу. Для предотвращения проблем в сфере недвижимости..., [sic!] достаточно информировать правообладателя о поступлении решения третейского суда в регистрирующий орган и нет необходимости требовать обязательного получения исполнительного листа на решение третейского суда о признании права собственности на недвижимое имущество».*

Контроль процессуальных документов третейских судов с включением их в общедоступную базу? Достаточно информировать правообладателя о поступлении решения третейского суда в регистрирующий орган? Нет необходимости?

Критик руководствовался реальностью или теоретическими благими пожеланиями для лучшего из миров? *O sancta simplicitas!*

**42)** *«В истории отечественных третейских судов уже был период, когда диспозитивная процессуальная форма третейского разбирательства обрела несвойственными формальными требованиями, следствием чего стало его вырождение и отказ от обращения в третейские суды. Речь идет о так называемых узаконенных третейских судах, существовавших в России в XIX веке. Искусственность узаконенных третейских судов состояла не только в том, что для обращения в них не требовалось заключение третейского соглашения, узаконенные третейские суды и процедура в них были настолько зарегулированы законодательными актами, что это привело к превращению их в средство тяжелой и бесконечной волокиты. Везде и всегда, как только государство начинало детально регламентировать деятельность третейских судов, они прекращали свое существование и исчезали».*

Весьма странное сравнение. Проекты основываются на идее добровольного третейского разбирательства, а не узаконенных судов.

**43)** *«Главные нововведения направлены на установление государственного контроля за третейским разбирательством, что само по себе вполне оправданно. Однако если посмотреть на предлагаемый вариант реализации контрольных полномочий, то он настолько некорректен и неэффективен, что это невозможно не заметить. Некорректность подхода проявляется в наделении постоянно действующих третейских судов (далее — ПДТС) несвойственным статусом юридического лица в организационно-правовой форме некоммерческой организации. Связано это с правовой природой отношений в сфере третейского разбирательства, где сам третейский суд — это избранный сторонами третейского разбирательства состав арбитров, а ПДТС всего лишь структура, содействующая деятельности третейского суда. Наделение этой структуры статусом юридического лица не может обеспечить контрольные полномочия за составом третейских судей, рассматривающих конкретный спор. Налицо искусственность предлагаемой конструкции и ее несоответствие природе отношений в области третейского разбирательства. Однако это не самое печальное последствие. Еще более серьезным следствием рассматриваемого варианта является его неэффективность, приводящая к ощутимым дополнительным издержкам, связанным с созданием и функционированием юридического лица, которые лягут на плечи сторон третейского разбирательства и приведут к его удорожанию, а это входит в противоречие с одной из главных целей реформы третейского разбирательства — повышение доверия к данному институту гражданского общества».*

Как это так: наделение статусом юридического лица не может обеспечить контрольные полномочия? Напротив, более чем может. Нет никакой искусственности или же несоответствия природе третейских отношений. В западных юрисдикциях форма юридического лица для этих целей в большинстве случаев успешно используется, а в России это неправильно?

Удорожание доверие совсем не исключает, а чаще даже предполагает: см. пример LCIA или суда ICC.

**44)** *«...разрушаются наработанные десятилетиями традиции, создаваемые ведущими центрами третейского разбирательства России».*

Уж лучше бы этих традиций было меньше, многие из них пугают или смешат.

**45)** *«Возможно ли в принципе ставить целью сокращение числа центров третейского разбирательства в России? Улучшится ли от этого качество их работы? В подоплеке этого мнения, видимо, совершенно другой посыл. По крайней мере, очень хочется в это верить. Переформулируя, зададимся другим вопросом: можно ли бороться со злоупотреблениями в третейском разбирательстве за счет сокращения числа третейских судов? Полагаем, что это не лучший способ и совершенно не связанные вещи. Бороться нужно не с третейским разбирательством и третейским сообществом в целом, а с конкретными нарушениями. В этой связи и одного третейского суда будет достаточно, чтобы они были. Сокращение числа третейских судов для такой великой страны, как Россия, приведет к ограничению возможностей по обращению к третейскому разбирательству по территориальному признаку, что не соответствует п. 2 ст. 45 Конституции РФ».*

Можно и нужно бороться именно так: путем создания высоких барьеров на вход в третейскую сферу, что не может не повлечь уменьшение количества третейских центров.

Государственные суды и иные органы просто не справятся с разбором в лавине конкретных нарушений, чем злоупотребители и злоупотребляют.

Ссылка на ч. 2 ст. 45 Конституции России (*«Каждый вправе защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом»*) — явная натяжка, нарушения тут нет.

**46)** *«Неэффективность цели сокращения количества ПДТС также predeterminedена правовой природой третейского суда, что уже отмечалось, т.к. нельзя ограничить возможности для проведения третейского разбирательства ad hoc!».*

Критик сам себе противоречит. Если сокращение ПДТС будет компенсировано судами *ad hoc*, то чего тогда бояться? Неужели в свете будущего лучше консервация ситуации с сотнями мелких и непонятных ПДТС, да еще и с судами *ad hoc* впридачу?

**47)** *«Кроме того, предложенная цель может привести к реанимации так называемых криминальных (латентных) третейских судов, которые ушли в небытие благодаря действующему законодательству».*

Ну да, третейское подполье, терроризм и экстремизм. Кому эти криминальные (латентные) третейские суды будут серьезным образом нужны, если проекты реализовать?

**48)** *«...предложения, ставящие недобросовестного контрагента в привилегированное положение, открывающие для него не ограниченные с точки зрения ответственности за злоупотребление своими процессуальными правами дополнительные возможности по торпедированию третейского разбирательства и третейского решения, дискредитации деятельности добровольно избранного центра третейского разбирательства, на наш взгляд, могут лишь усугубить существующее положение дел. Тем самым, цели реформы третейского разбирательства, связанные с “обеспечением конкурентоспособности российских третейских институтов и борьбой с существующей „офшоризацией“ крупных споров с участием российских компаний“ становятся заведомо декларативными, а предлагаемые для их достижения меры, скорее всего, приведут к обратному результату. Хотелось бы понять: кому это нужно?».*

Лозунги и неполное знакомство с проектами, непонимание ситуации.

А нужно это самой третейской сфере ради ее успешного будущего.

**49)** *«...безразборный подход, приводящий к парадоксальной ситуации, когда пострадают наиболее профессиональные центры третейского разбирательства...».*

Пострадают от того, что надо будет больше думать и тщательнее работать? За такое не грех и пострадать.

**50)** *«...предлагая целый арсенал средств по предотвращению злоупотреблений в третейском разбирательстве, создаются условия для злоупотреблений другого уровня — процессуальными правами, чем без сомнения воспользуются недобросовестные контрагенты — участники третейского разбирательства. Полагаем, что уж если открывать дополнительные контрольные возможности, к которым обязательно обратятся, в том числе недобросовестные лица в целях затягивания вынесения третейского решения, то необходимо установить ответственность за злоупотребление этими процессуальными правами».*

Еще раз: внимательно читайте проекты, тщательно формулируйте арбитражные соглашения, и подобные опасения исчезнут сами по себе.

**51)** *«Не совсем ясно, каким критериям будет следовать специально созданная под эгидой Минюста комиссия, призванная выдавать разрешения на создание ПДТС, и вообще возможно ли на стадии создания ПДТС обеспечить действие каких-либо объективных критериев. Тогда как уйти от возможного субъективизма?».*

Вообще-то все в нашей жизни субъективно, это аксиома. Риск ошибки может снизить (но не исключить) только коллегиальность и прозрачность. Почему критики полагают, что их в деятельности совета, указанного в проектах, не будет?

**52)** *«Предложенные... меры предполагают существенную деформацию правовой природы третейского разбирательства, что может привести к деградации третейского разбирательства как института гражданского общества».*

По-моему так деформации правовой природы третейского разбирательства уже давно допускает само третейское сообщество. Деградацией ему грозит как раз консервация такой ситуации, с какой-то проектами пытаются бороться.

**53)** *«Будет ли принято во внимание мнение специалистов в ходе дальнейшей работы над воплощением в жизнь новелл законодательства? На сегодня это главный вопрос!».*

Будет, если специалисты перейдут от огульной критики к пониманию реалий.

#### **14. СУПЕРФИНАЛЬНО: ПОТЕНЦИАЛЬНАЯ КРИТИКА ПОЗИЦИИ А.И. МУРАНОВА С ОТВЕТАМИ НА НЕЕ**

Я прекрасно отдаю себе отчет в том, что все сказанное выше открыто для критики. Я ее даже бы приветствовал: это интересно.

Попробую заняться самокритичной рекурсией, в том числе по итогам личного общения с критиками проектов.

**1)** Он слишком радикален и односторонен, он не видит нюансов, а все сложнее!

Я попробовал нюансов показал побольше, чем иные, и обратил внимание на недостатки позиций всех: и критиков проектов, и Минюста, и ТПП РФ и т.д. Вот даже сейчас и на свои.

**2)** Он занимался арбитражем только в МКАС и МАК, он не понимает специфики внутреннего третейского разбирательства!

Напротив, сталкивался и с последним. Нечасто, но мне хватило, чтобы понять, что его надо реформировать и тянуть вверх.

**3)** Он идеалист, он исходит из допущения того, что помыслы инициаторов, спонсоров и разработчиков проектов чисты, а их квалификация высока, но это не так: они как грязны, так и низки!

Не буду спорить, что инициаторов, спонсоров и разработчиков проектов я знаю недостаточно, а другие, возможно, знакомы с их устремлениями и навыками лучше.

Я же просто ориентировался на идеологию и смысл проектов, и они мне показались интересными и достойными. И я не увидел в проектах никакого расхождения между их содержанием и истинными экономическими и идеологическими интересами их инициаторов, спонсоров и разработчиков (см. выше раздел 4). Одно это уже говорит о том, что последние свои помыслы, по меньшей мере, в проектах отразили.

Да, я увидел хорошее там, где другие видят плохое. Но это тогда еще лишний повод для всех нас заняться саморефлексией.

4) Эту реформу затеяли иностранные арбитражные центры и зарубежные арбитры, чтобы разрушить остающиеся отечественные третейские укрепления и потом безраздельно властвовать!

Миф-страшилка. Этим иностранным субъектам Россия как арбитражный рынок не интересна. Они не хотят, конечно же, с экономической точки зрения усиления конкурентоспособности российской третейской сферы, но тогда им выгоднее оставить все как есть, т.е. поддерживать неразвитое состояние этой сферы, с чем проекты как раз и хотят бороться.

5) У него какой-то свой собственный эгоистичный интерес, вот он его и отстаивает! Несомненно. Я предпочитаю быть членом сильного и свободного третейского сообщества профессионалов, где поощряется критика и развитие, нежели существовать в идеологической системе «хозяев», где многое замалчивается и консервируется. Мне так комфортнее.

6) Он как флюгер, который меняет свою позицию: ранее он критиковал Минюст и юристов НЛМК, а теперь их хвалит, т.е. это неспроста!

Я ранее критиковал Минюст только по вопросам ВТО и адвокатуры. От этого я здесь не отошел. А юристов НЛМК я критиковал исключительно за подходы к арбитрабельности корпоративных споров и за методы борьбы с МКАС. В сказанном мною выше противоречия ранее занятым позициям не имеется.

7) Государство влияет на ТПП РФ, а ТПП РФ влияет на МКАС и МАК. Он состоит и в МКАС, и в МАК, т.е. он помогает ТПП РФ отстоять проекты, т.к. они ей выгодны!

Те, кто утверждает о зависимости арбитров МКАС и МАК от государства, не разбираются до конца ни в государстве, ни в вопросах деятельности МКАС и МАК, ни в арбитраже, демонстрируя скорее способность воспроизводить старые штампы.

Кроме того, я не скрывал, и не скрываю своего мнения о том, что мне не нравятся изъятия в проектах для МКАС и МАК: Платон мне друг, но истина дороже.

8) А вот еще интересный довод. Он не заметил в проектах «второе дно»: грядет серьезный экономический кризис, и ряд крупных бизнесменов (включая НЛМК) затеяли эту реформу в своих собственных экономических интересах, т.к. они понимают, что они окажутся скоро должниками, и хотят спасти свое имущество! Государственные суды в России используют, как известно, скорее продолжниковый, а не прокредиторский подход: им зачастую проще отказать в иске (часто по формальным соображениям), нежели его удовлетворить. Между тем третейские суды чисто статистически придерживаются скорее прокредиторской идеологии, не позволяя должникам неосновательно избегать ответственности. Так что цель реформы: сломать такой их настрой, поставить под контроль государства и превратить в продолжниковые правоприменительные органы! Но для этого надо снизить их количество, чтобы контроль был легче и тотальнее!

Этот контрдовод действительно позволяет взглянуть на проекты в любопытном аспекте. Он звучит еще более обоснованно в контексте последних событий на Украине и угроз западных стран ввести экономические санкции против России и ее субъектов.

Но если разобраться в ситуации, то все же он не выглядит логично. Это скорее попытки перенести экономические соображения из жесткой и в целом единообразной сферы регулирования банкротства на иные отношения, регулирование которых гораздо более гибкое и разностороннее.

Во-первых, крупный бизнес в России является должником скорее западных структур, нежели отечественных. Ввиду этого ему скорее страшны западные арбитражи, а не российские, в которые такой бизнес обращается не часто. Ситуация, когда он начнет вследствие объявленной деоффшоризации обращаться в отечественные третейские суды, наступит еще очень нескоро, так что так настолько загодя реформу с подобными продолжниковыми целями смысла затевать не было.

Во-вторых, в рамках Таможенного союза российский бизнес доминирует. При этом российские власти предпочитают появление третейских центров для разрешения коммерческих споров внутри Таможенного союза на территории России. Но тогда российским властям и бизнесу выгодно, чтобы эти центры были прокредиторскими.

В-третьих, если же брать чисто внутрироссийские отношения, то и силу отечественных кредиторов, особенно банков, и их влияние на политику государства также нельзя недооценивать. Поэтому говорить о том, что государство и его спонсоры хотят «построить» третейские центры именно по продолжниковому критерию — явное преувеличение. Разве не очевидно, что лицо может быть одновременно и кредитором, и должником? Быть кредитором сегодня и превратиться в должника завтра, как и наоборот? При этом в российской экономике интересы кредиторов ничуть не менее важны, чем интересы должников, это своего рода быстро качающийся маятник, постоянно балансирующая на различных волнах лодка, которая в стагнации не замирает. Ведь стоит предпочесть исключительно продолжниковый подход, как кредиторы тут же ответят мощной волной, и наоборот.

В-четвертых, затевать подобную реформу ради интересов одного НЛМК или даже него с группой иных сотоварищей государство вряд ли бы стало. Ему с прагматической точки зрения имеет смысл поддерживать внутри страны баланс экономических интересов частных субъектов, как кредиторов, так и должников. Для обеспечения же своих собственных интересов у него есть государственные суды, а также законодательство о банкротстве, которое в России является, как известно, скорее умеренно продолжниковым.

В-пятых, ранее ВАС РФ весьма внимательно опекал третейские суды, не позволяя им то, что он сам же квалифицировал как «нехорошие вещи» (далеко не всегда таковыми реально являвшимися). И это действительно ограничивало прокредиторские устремления таких судов.

Однако в новых условиях новый ВС РФ такой же опекой заниматься не будет. Понятно, что часть функций по опеке и пресечению «нехороших вещей» перейдет к Минюсту, однако перейдет исключительно по вопросам организационной деятельности третейских центров, т.е. это не будет иметь прямой связи с продолжниковым и с прокредиторским подходами.

В-шестых, полагать, что третейские суды демонстрируют сугубо прокредиторские подходы — явное преувеличение. Для них важнее особенности конкретных дел, в свете которых и должник может получить защиту. Тут точнее было бы сказать, что третейские суды, в отличие от государственных, скорее активнее и острее реагируют на нарушения обязательств, которые себе в России позволяют чаще должники, нежели испытывают прокредиторские настроения.

И последнее. Проекты в крайне малой степени затрагивают МКАС. Между тем, если верить рассматриваемому здесь контрдоводу, основной страх НЛМК и крупному бизнесу должен внушать именно он. Опасения МКАС должен внушать также и

государству, ведь только этот суд единственный из всех судов в России осмелился несколько лет назад удовлетворить денежные требования лица из группы «Юкос». Кроме того, именно в нем рассматривается весьма большое количество крупных дел, больше чем в других третейских центрах.

Но если государство могло бы поставить его под контроль Минюста, но не делает этого, то с чего бы это МКАС начнет испытывать продолжниковые настроения?

Потому что его заставят испытывать такие настроения кулуарно? Государство? Или должники при помощи Минюста? При помощи ТПП РФ? Но куда тогда денутся крупные кредиторы и их влияние? А как все прочие отмеченные выше моменты?

В общем, рассматриваемый контраргумент также переносит акцент из сферы права в область политической и экономической коррупции, использования властного ресурса и телефонного права. Но в их категориях, как уже говорилось, любая юридическая дискуссия является бессмысленной, превращаясь в вопрос веры и предположения о необходимости выдвинуть в адрес сторон спора предложений померяться между собой оптимизационным ресурсом: у кого больше шансов задействовать властный ресурс или подкуп?

И тогда сторонникам рассматриваемого контраргумента, верящим в торжествование в России коррупции и телефонного права, следует, наверное, посоветовать прекратить заниматься третейским разбирательством. В самом деле, зачем, если все равно должники благодаря продолжниковой реформе все для себя так или иначе обеспечат безотносительно к тому, кто является арбитрами?

**А.И. Муранов** ([www.muranov.ru](http://www.muranov.ru)), к.ю.н.,  
доцент МГИМО (У) МИД РФ,  
управляющий партнер коллегии адвокатов  
«Муранов, Черняков и партнеры» ([www.rospravo.ru](http://www.rospravo.ru))