

**I Вологодский региональный форум с международным участием**  
**«Право и экономика: стратегии регионального развития»**  
**Круглый стол «Цифровой арбитраж: проблемы и перспективы»**

23 марта 2021 г.

**Проблемы арбитража в России:**  
**судебный контроль и английское право.**  
**Взгляд практика**

**Юрий Монастырский**

Дорогие коллеги, прежде всего я хотел бы выразить свою признательность за приглашение участвовать в интересном мероприятии, позволяющем произвести обмен мнениями по такому важному институту правовой системы, как арбитраж, узнать видение выступающих и участников о его новых гранях и возможностях, иногда более удобных формах его проведения, подстегиваемых новой реальностью, диктующей более широкое применение дистанционного способа коммуникаций, в том числе при проведении процедур, связанных с подробным выяснением фактов, обстоятельств, оценок, что, казалось бы, требует непосредственного тесного общения.

Тема моего выступления относится к более общим вопросам о крупных проблемах арбитража в текущем времени с точки зрения представителей неакадемической аудитории: адвокатов, советников, экспертов, юристов, практиков. Я позволю себе напомнить уважаемым присутствующим, что действующее и развивающееся, совершенствующееся право основано на самоанализе правоприменения, возможности такого процесса. Система альтернативного разрешения имущественных споров, третейские трибуналы, посредники, поддерживаемые судебной юрисдикцией, мерами содействия и контроля с целью широкого стимулирования арбитражного сообщества, не имеющей ничего общего с существующей судебной системой, основной целью которой является единообразие судебной практики, – один из важнейших инструментов такого самоанализа.

Главная проблема заключается в том, что мало и недоходчиво звучит тезис о том, что альтернативное разрешение споров заключается не только в процедуре за рамками АПК и ГПК, но и в отсутствии необходимости копировать судебные подходы как они сложились на сегодняшний день. Такая автономность необходима, и она должна поощряться судами, по крайней мере не вызывать их негативную реакцию в виде, в первую очередь, отказов в приведении в исполнение третейских решений.

Отношения судов к арбитражу как младшему конкуренту и приводит к той статистике, которую мы наблюдаем сегодня, а именно: 30–40 % арбитражных споров не получают судебную санкцию, а в судах общей юрисдикции – 65 %. Судебная система переваривает ежегодно, я бы сказал, невообразимое количество гражданско-правовых дел, а именно: 19 миллионов. Из них 1 миллион коммерческих споров. Третейские суды рассматривают 0,1 % гражданско-правовых дел от названного миллиона в судебной системе.

Взаимодействие третейских и государственных судов является неудовлетворительным. При этом из таких основополагающих целей, как поддержание и развитие арбитража как естественного порождения рыночной экономики, достижение высоких стандартов

правоприменения, смягчение загруженности юрисдикционных органов, создание конкурентной среды на рынке юридических услуг – не достигается ни одна.

В отсутствие интеллектуального взаимодействия суды сами совершают ошибки и занимаются nepозволительным нормотворчеством. Я имею в виду здесь не правотворческую интерпретацию смысла отдельных правовых положений, а создание нового правила, например, по вопросу ответственности. ВС сказал, что стороны договора могут исключить какую-либо ответственность за грубую неосторожность, непредвидимые должником убытки не должны возмещаться, при досрочном прекращении договора главные обязательства, связанные даже с целью договора, могут оставаться в силе и т. д., а правовые нормы ГК говорят об обратном, что все эти 3 вывода им противоречат. Самоопределение по таким важным вопросам ответственности является первой прерогативой ученых, составляющих третейский трибунал по конкретному делу.

Сейчас получается, что, отвергнув довод стороны об отказе в иске о взыскании убытков по причине их непредвидимости, причем доказывает это ответчик, трибунал рискует получить отмену решения, поскольку нет окончательного понимания автономности арбитража в вопросах правоприменения. Таковая возникает, например, из ст. 426 ГПК и 239 АПК о закрытом перечне вопросов, по которым решение может не подтверждаться в действии правила *lis alibi pendens* и т. д. Лояльное отношение к арбитражу заключается не в том, что арбитражи только должны получать энергичное содействие, а в непреложности автономности, присущей каждому третейскому суду по конкретному делу, например, в вопросе о том, к какой теории причинно-следственной связи обратиться, насколько снижать неустойку и т. п.

Трудно вообразить гармонизацию взаимодействия двух ветвей правосудия, одна из которых относится к другой не как к помощнику, а как к вредному непослушному конкуренту, позволяющему себе недопустимые вольности и самодеятельность. Есть надежды и понимание, что обстановка в указанной сфере улучшится.

После выбора государственного или третейского суда как форума, в котором будет рассматриваться спор, неизбежно возникает следующий вопрос: на основе каких норм он будет разрешаться. До последнего времени наиболее крупными делами занимались главным образом английские юристы, а отечественные фирмы если и участвовали, то их работа ограничивалась сбором доказательств, вычиткой документов, переводом и т. п.

Мы видим свою цель в том, чтобы застарелый колониальный миф об оптимальности и чуть ли не превосходстве английского права развеялся. При этом можно идти двумя путями: сложным и более естественным и простым, они оба важны. Первый – это разработка применимых конструкций по российскому праву, защищаемых арбитражем, в особенности при исках об убытках и привлечении к ответственности. Другое более естественное направление состоит в критике английского права или юридических услуг на его основе, которые выделяются, прежде всего, своей дороговизной, затем непрогнозируемым результатом, излишними сопутствующими расходами, невозможностью применения привычных конструкций и логики, общей неопределенностью и чуждостью нашему правосознанию.

Впечатление об английском праве навеяно рассказами, детективами, учебными пособиями. По юридическим публикациям широко разошлись умозаключения и цитаты английских судей, лордов, обаятельных в своих правовых высказываниях. Английское право не агрессивно, но тонко и последовательно продвигается влиятельными арбитражными сообществами, юридическими профессиональными платформами в том числе через систему международно-правовой и частной унификации модельных правил, посредством фактора самого английского языка, ставшего вдруг безраздельно доминирующим в 90-е годы XX века. Английское право проникло в национальные правовые доктрины и, внедрив туда возделанные на его почве интерпретации и понятия, стало очень влиятельным. «Добросовестность», «разумность»,

«предвидимость», «эстоппель», «экономический анализ права» родились в недрах английской юриспруденции, но самое главное, – английское право, прежде чего-либо еще, является главным инструментом конкурентной борьбы на рынке юридических услуг. Англосаксонские игроки приходят на рынок в лукавой маске обладателей якобы более совершенных и более разработанных юридических продуктов и возможностей. Однако на самом деле это не так.

Английское право характеризуется, прежде всего, отсутствием единообразия применения, безраздельным усмотрением судов, и, таким образом, очень скромной возможностью прогнозировать исход спора. От этого процессы и арбитражи по английскому праву превращаются часто в бега, рулетку, шахматную игру, вызывающую азарт и огромные траты финансовых ресурсов. Насколько выгодно это рачительному участнику спора? Полагаем, что в небольшой степени. И практикующие юристы должны вести разъяснительную работу и убеждать в этом представителей крупного и активного бизнеса, своих клиентов.

Приведем пример расхожей риторики об якобы отсталости российского права и преимуществах гибкости английского, запутанного и непонятного. Утверждалось, особенно до 2018 года, что российское регулирование закостенело в формализме и ригидности, что наиболее распространенная экономическая операция – выдача займа, – будучи оформленной, не пользуется далее никакой исковой защитой в силу абзаца 2 п. 1 ст. 807 ГК РФ «Договор займа считается заключенным с момента передачи денег или других вещей». Это реальный договор, предполагающий определенную льготу для займодавцев, поскольку заемщик принимает в собственность родовые вещи, а не только деньги, всегда присутствующие на рынке. Кроме того, иногда заем – это инвестиция. Абсолютно неравноценно и неразумно заключать ее обещание в жесткие рамки обязательств, если инвестор – гражданин и не профессиональный участник узкой специализации, то есть кредитное учреждение или банк. Поэтому последний может обязываться по иску к натуральному исполнению, а обычное физическое лицо нет. Заключен договор или нет, но обычный заемщик на основании ст. 15 ГК РФ может истребовать убытки. Например, если обещан заем под 1 %, а его рыночная стоимость среди других заемщиков 11 % в год, то 10 % составляют будущие расходы для восстановления субъективного права. Таким же образом, если сделка совершается под влиянием обмана, она не порождает правовых последствий (ст. 179 ГК РФ), но потерпевший вправе взыскать убытки, при этом может отсутствовать повреждение имущества, то есть деликт и обязанность по погашению убытков явно внедоговорная. Вместе с тем такого рода правовым конструкциям легче всего получить защиту в арбитраже, а не судах, которым даже такие несложные рассуждения несвойственны.

Когда спор разрешается на основе английских прецедентов в РФ, вполне жизнеспособно будет проследиваться линия защиты, основанная на ст. 1191 ГК РФ о том, что применимое иностранное законодательство должно соответствовать практике его применения и доктрине «в иностранном государстве».

Дело в том, что английскому праву категорически не принадлежит такая характеристика, как единообразие применения. В некоторых исследованиях обильно приводятся якобы сложившиеся подходы к взысканию заранее исчисленных убытков, определению конклюдентных действий, понятию домицилия, заменяющему правовую категорию места нахождения, теории утраты шанса. Вместе с тем это не означает, что все английские суды будут следовать единой логике. Доктрина фрустрации договора, иные концепты по-разному освещаются в судебных решениях. Разрозненные высказывания по критерию оригинальности, глубокомыслия и даже экстравагантности отбирает пресса, индивидуальные авторы обзоров, которые читателям представляются как правовые доминанты и чуть ли не императивы всего английского права и прецедентной системы по этому вопросу. Но в реальности это не так.

Английское право – это уже не компонент национального правопорядка. Суды Кипра и Австралии ссылаются на дела и прецеденты, появляющиеся в Соединенном Королевстве

Великобритании и Северной Ирландии вовсе не потому, что они обязаны это делать. Суды там в основном используют такие прецеденты как своего рода «мудрость», представляющаяся им наиболее привлекательной. Обращает на себя внимание карнавальность судебных процессов по английскому праву, высокая степень ритуальности, заключающаяся в ношении мантий и париков, произнесении клятв и т. п. все еще встречающаяся даже при слушании обычных коммерческих споров. Вместе с тем результат такой театральности для экономического субъекта, потратившего значительные средства на разрешение спора, может разочаровать: английские решения очень многословны, плохо структурированы, содержат в себе характеристику личностей участников процессов, а также проявление судебной интуиции. Мотивировки зачастую выглядят неправовыми, а терминология не единообразной.

Проблемы, порождаемые английским правом и правосудием, носят не только чисто прикладной, но и методологический характер. Именно судебной деятельности в странах общего права обязана прошумевшая в нашем научном дискурсе теория «экономического анализа права», когда людям в мантиях предписано извлекать смысл из норм права, который находил бы оправдания в доходности, прибыльности спорных отношений, трактуемых всегда по-разному участниками коммерческого конфликта. При этом поощряется судебское нормотворчество вопреки текстам законов, которые перестают быть обязательными.

Можно заключить, что несмотря на все многочисленные недостатки английской правовой системы, английские судьи и арбитры активно борются за звание «мирового» (worldwide) суда.

И если в отношении политики английских государственных судов такая тенденция прослеживается достаточно давно, в настоящее время очевидны ее проявления и в области формально независимого английского арбитража. Так, в ходе волны банкротств в Российской Федерации в арбитражах, в частности, в LCIA, поступали иски о возврате субординированных кредитов несмотря на то, что должникам требования следует заявлять исключительно в процедуре банкротства, и в реестр требований в соответствии с очередностью их погашения. В данном случае английские арбитры истолковали свои национальные законы *jus cogens* в пользу исключительно своих банков, которые предоставляя кредиты ненадежным заемщикам, имеют приоритет в истребовании, подавляющий публично-правовое регулирование иностранных национальных законов о банкротстве. Вот, какова исключительно колониальная трактовка, развиваемая судами Соединенного Королевства английского права!

В этом же ряду навязывания английского права стоит практика вынесения запретов на инициирование или даже продолжение разбирательств в других юрисдикциях (*anti-suit injunctions*), исходящая не только от английских судей, но и арбитров. Создаваемое судами английское право разрывает цепочку Шарля Луи Монтескье о системе разделения властей, поскольку суды в этой парадигме не подчиняются законодателю и сформированному им статутному праву, а работают исключительно на базе собственного усмотрения и в соответствии с «духом» права.

Показательно, что внутренняя несогласованность (а подчас и несоответствие закону) и многословие, столь характерные для английского права, влияют уже не только на решения, выносимые на далеких Британских островах, но и на повседневную юридическую жизнь, на составление документов. Прежде всего речь идет структурировании контрактов с преамбулой, поясняющей термины, для целей взаимоотношения сторон. Зачастую в этих контрактах дается свое значение вопреки сложившимся трактовкам определенных понятий. Вряд ли правильно придавать нюансы термину отлично от того, как он определен в законе, в судебной практике, отечественной доктрине и результатом такой англлизации будет хаос юридического мышления и высказываемых констатаций.

Явления, навеянные английским правом, пронизывают повседневность, вошли в обыденную жизнь в качестве необходимых стандартов при, например, соприкосновении с потребительской отраслью взаимоотношений. Поликлиники при выдаче справок, предполагающих поверхностный врачебный осмотр, за небольшую плату дают подписать договор, излагаемый для экономии бумаги мелким шрифтом на нескольких страницах. Прочтение документа с ним обычно не производится, чтобы не задерживать других пациентов. Ознакомление между тем с договором может только озадачить, так как в нем будут присутствовать помимо общих слов и непонятных новых терминов заверения и гарантии сторон, оговорки об освобождении от ответственности медучреждения.

Вместе с тем в ГК указывается, что сделки, исполняемые при их совершении, могут быть устными (ст. 159). В письменной форме в самом деле нет никакого смысла, поскольку договор обычно регламентирует алгоритм, последовательность действий или исполнение, он также может содержать иную регламентацию об ответственности, однако этот вопрос урегулирован законом о защите потребителей и ГК (п. 2 ст. 400) следующим образом: снижение, ограничение ответственности перед потребителем не допускается. И выходит, что кроме указания на иной, чем установленный законом компетентный суд, подобный письменный договор значения не имеет. Однако можно спросить, причем здесь английское право. Если такой стандарт введен самим медучреждением, то подробная правовая регламентация вне координации с действующими нормами черта именно правопорядка common law, где суды не связаны нормами закона и относятся к нему как к обобщению правовых идей.

Еще одна черта английского права – дисклеймеры, предшествующие просмотру роликов в Интернете. В них, как правило, утверждается, что контент не является офертой. Этот текст также не имеет никакого правового значения, так как согласно ст. 435 ГК оферта, во-первых, – это прямо выраженное предложение о заключении договора, а, во-вторых, она должна содержать все существенные условия. Поэтому текст дисклеймера бесполезен.

Проникновение английского права заключается также в обычном зашифровывании терминов, которые излагаются альтернативными обозначениями, делающими текст непонятным. Это мы можем наблюдать уже многие годы при ознакомлении с инструкциями лекарств и т. д.

Это лишь некоторые проявления инфильтрации английского права, ничего кроме путаницы и раздражения не производящих.

### Заключение

Уважаемые участники, я остановился в основном на глобальных проблемах арбитража в России. Цифровая же эпоха представляет технические и юридические возможности для его дальнейшего развития. Третейские суды самостоятельно определяют процедуру и правила доказывания, используют новые технологии обобщения и обработки данных, фиксирование сведений об уведомлениях. Третейские центры могут и должны популяризировать использование новых способов сбора доказательств, ориентировать свою клиентуру на либеральное отношение к фактологическому подкреплению обстоятельств.

Следующий шаг – это, несомненно, онлайн арбитраж, который был бы связан с предварительным или последующим заключением соглашения сторон. За счет этого аудитория, закономерно стремящаяся к удобству, при получении оплачиваемого продукта, а арбитражное производство – это высокоинтеллектуальный контролируемый продукт, сможет радикально расшириться и стать определяющей для судеб арбитража.

Я очень благодарен за представленную возможность участвовать в конференции. Спасибо за внимание.