

11 сентября 2020 года

АРБИТРАЖ И СУДЕБНАЯ СИСТЕМА В РФ: КОНКУРЕНЦИЯ ИЛИ ВЗАИМОДЕЙСТВИЕ?

Юрий Монастырский

I. О проблеме

Хотя рынок юридической помощи в России развивается, идет своим путем, что выражается в росте, например, адвокатской численности (уже 80 000 человек), условно говоря, верхний его сегмент, где сопровождаются бизнес-проекты, не мог не сократиться и радикальным образом преобразоваться в последние годы по причине завершения «инвестиционного бума», который периодами продержался в России до 2014 года.

Господствующее место сейчас заняли услуги в области сопровождения споров, а также привлечение к ответственности контролирующих лиц, куда входят дела о банкротстве. Именно здесь требуется квалифицированное юридическое содействие или работа фирм, а не внутренних юристов, в первую очередь в настоящее время.

В секторе разрешения коммерческих конфликтов определяющую роль также играет положение арбитража. Можно видеть, что там, где третейское сообщество обладает престижем и влиянием, там оказывается наиболее развитая культура юридических услуг. И обратную картину мы можем наблюдать в правовом поле некоторых стран СНГ.

Судебная система России, которую многие критикуют, все же уникальна в своей основной функции. Она разрешает гигантское количество дел в год: 15 400 000 гражданских споров, это при том, что в России проживает свыше 140 млн человек и действует 3 млн коммерческих организаций. Вместе с тем органы экономической юрисдикции рассматривают свыше 1 млн дел. И это настоящий сильный агрегатор зарождения, существования и рынка юридических услуг. Именно оперативность судопроизводства всегда сказывалась на доходности участников рынка, в котором большое количество дел, разнообразие вопросов и т. п.

По статистике Судебного департамента при Верховном суде Российской Федерации:

- Если в 2016 году арбитражными судами было рассмотрено 577 дел об оспаривании решений третейских судов, то в 2019 году их число снизилось до 82.
- В 2016 году суды рассмотрели 7324 дела о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда, в 2019 году – только 887.
- В 2016 году судами рассмотрено 231 дело о признании и приведении в исполнение решений иностранных судов и иностранных арбитражных решений, в 2019 году – 233 дела.

Нерегулируемый повышением государственной пошлины стихийно сваливающийся массив исков сформировал защитную реакцию судей, выражающуюся в стойком предпочтении отказа в удовлетворении требований, изыскании формальных, материальных, процессуальных поводов для отклонения требований хотя бы потому, что такое решение труднее обжаловать и тем самым сохранить профессиональную позитивную оценку в глазах вышестоящей инстанции.

- В 82 в 2020 г. в делах об оспаривании решений третейских судов в 27 случаях, то есть в 33% дел решения третейских судов были отменены.

- Из 887 дел о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда в выдаче исполнительного листа было отказано в 241 случае, т.е. в 27% дел.
- В 2019 г. суды отказали в удовлетворении требования о признании и приведении в исполнение решений иностранных судов и иностранных арбитражных решений в 94 производствах из 233, то есть в 40% случаев.
- Аналогичные показатели 2016 года по трем указанным категориям дел составили 18% (105 отмен арбитражных решений в 577 делах), 15% (1164 отказа в выдаче исполнительного листа в 7324 делах) и 32% (отказано в приведении в исполнение иностранных арбитражных решений в 74 делах из 231).

Статистика подобных споров в судах общей юрисдикции еще более впечатляет. В 2019 году из 154 споров об оспаривании решения третейского суда требования заявителя были удовлетворены в 99 делах, то есть в 64% случаев решение третейского суда было отменено!

II. Арбитражи

Разбалансированность рынка юридических услуг в его верхнем сегменте объясняется невстроенностью арбитража в систему органов разрешения споров. Замысел введения в правопорядок важного института заключается в его исключительной миссии, иначе он просто не нужен. Мы помним, что арбитражи с середины 90-х годов и до 2016 года создавались у нас в заявительном порядке, их число достигало 2 000 в то время, как конкурирующие с ними почти 90 государственных арбитражных судов рассматривали 1–2 млн дел, а на каждый третейский центр по статистике приходились лишь считанные дела, кроме около 300 дел в МКАС. Именно тогда сложилось отношение судов, основным лейтмотивом которого явилось изобличение или разоблачение авторов третейских решений, негатив по отношению к ним как общая установка. Поэтому охранительный инструментарий дорогостоящих юридических продуктов всегда включал такой компонент, как иностранный арбитраж и соглашение по нероссийскому праву. Это создавало соответствующий ландшафт правовых услуг с доминирующей ролью иностранных консультантов в проектах и по уровню зарплат и доходности.

Арбитражная реформа ввела все процессуальные институты содействия судов, которые получили распространение в проарбитражных юрисдикциях. Суды обязаны обеспечивать в соответствии с поступившими запросами формирование состава трибунала, получение доказательств, доработку исполнения арбитражных решений. В соответствии с опубликованной статистикой Дмитрием Андреевым, адвокатом нашей фирмы, в юридических журналах «Третейский Суд» и «Международный коммерческий арбитраж», запросов для получения доказательств за последние 2 года было всего 8, половина была удовлетворена. Ремитированных решений всего 10. Отмен арбитражных решений в соответствии с 47 запросами за 2019 год было 17 при том, что обращений за получением исполнительного листа было намного больше. Статистика взята также из статьи Дмитрия Леонидовича Давыденко, профессора МГИМО, журнал «Закон» № 3 за 2020 год. Из 303 обращений за выдачей исполнительного листа, удовлетворено 301. Таким образом, арбитражные решения имеют процессуальный 25–30 %-ный риск неисполнения, и это говорит о полной парализации института арбитража в Российской Федерации.

Мы вынуждены сталкиваться с крупным недоразумением, мешающим установлению здоровой конкурентной среды и привлекательности наших услуг в области разрешения споров. Законодатель, озаботившийся модернизацией нашей судебной системы и проводивший уже третью судебную реформу, не упустивший из поля зрения разнообразное содействие третейскому разбирательству в соответствии с международными стандартами, не смог создать правильно понятый импульс по всевозможной поддержке арбитражному разбирательству как

важнейшему институту национальной правовой системы. Конкуренция судов и арбитражей не может быть здоровой, она действует разрушительно на рынок юридических услуг. Конкуренция властных и общественных институтов не должна вообще иметь место, поскольку извращает природу улаживания споров. Только сотрудничество, основанное на всестороннем содействии судов, является необходимой альтернативой.

Дисбаланс и неурегулированность отношений арбитража и судов в России привели к абсорбции крупных споров иностранными юрисдикциями на базе навязанных фобий клиентуре о неприспособленности регулирования российским правом в противовес английскому.

В ситуации инвестиционной, политической санкционной неопределенности казалось бы, что ресурс арбитража, третейского разбирательства, – это то, что значительно оздоровит рынок юридических услуг. И, вроде бы, имеется общее понимание нашего юридического сообщества, что в этом направлении всем нужно делать – повышать престиж и репутацию российских арбитражных центров и их профессиональный имидж, и в этом, якобы, и состоит задача. Может быть, но это все же в руках этих центров, количество которых сейчас в Российской Федерации оптимально для справедливой продуктивной соревновательности. Создание все более качественного арбитражного продукта лежит на пути сокращения сроков разбирательства, беспристрастности и профессионализма.

Важнейшей целью реформы арбитража было создание почвы и среды для практического применения российского материального права в области коммерческой деятельности, улаживание сложностей и перипетий на базе отечественных правовых разработок путем оживления континентальной юридической модели и более естественной правовой логики, базирующейся именно на единообразии практики и подходов. Верхний сегмент рынка подвергся существенной деформации и стеснению, в частности, из-за запаздывания арбитражной реформы, незащищенности такого важного правового содействия, как иски о разрешении споров. Такая практика как здоровый ствол в каждой юридической фирме дает здоровые же и быстрорастущие ответвления.

Сложные юридические конструкции судами непривычны, и они их не воспринимают. Арбитраж в позволенных ему рамках должен быть прокредиторским, поскольку обращающиеся с иском к нему являются по сути его клиентурой. Вместе с тем в арбитраже не артикулируется главное преимущество, которое вовсе не скрупулезность и конфиденциальность, а автономия в вопросе правоприменения, когда судебный формализм и в чем-то застарелые подходы судов игнорируются.

III. Английское право

У нас, практикующих юристов, имеется другая более соответствующая нам функция – постепенно развеивать застарелый колониальный миф об оптимальности и чуть ли не превосходстве английского права, посредством которого продолжают разрешаться довольно крупные споры. И если отечественные фирмы ими занимаются, то их работа ограничивается сбором доказательств, проверками чистоты, переводом и т. п.

Здесь можно идти двумя путями: более сложным и более естественным и простым, они оба важны. Первый – это разработка применимых конструкций по российскому праву, защищаемому арбитражем, в особенности исками об убытках и привлечением к ответственности, но есть и другое более естественное направление, состоящее в критике английского права или юридических услуг по английскому праву, которые выделяются, прежде всего, своей дороговизной, затем непрогнозируемым результатом, излишними сопутствующими услугами, невозможностью применения привычных конструкций и логики, общей неопределенностью и чуждостью нашему правосознанию.

Наше впечатление об английском праве навеяно рассказами, детективами, учебными пособиями. По юридическим публикациям широко разошлись умозаключения и различные высказывания английских судей, лордов, имеющих определенное обаяние своих правовых высказываний. Английское право не агрессивно, но тонко и последовательно продвигается влиятельными арбитражными сообществами, юридическими профессиональными платформами 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, протиснув туда, якобы, передовую совершенную терминологию, а затем и правовые институты, стало очень влиятельным. Добросовестность, разумность, предвидимость, эстоппель, экономический анализ права родились в недрах английской юриспруденции, но самое главное, – английское право, а не что-либо еще, главный инструмент 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 небольшой возможностью прогнозировать исход любого 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 мы должны вести разъяснительную работу и убеждать в этом представителей крупного и активного бизнеса, своих клиентов.

Приведем пример расхожей риторики об отсталости российского права и преимуществах гибкости английского, запутанного и непонятного. Утверждалось, 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 и других вещей». Это реальный договор, предполагающий определенную льготу для займодавцев, поскольку заемщик получает родовые вещи, а не только деньги, присутствующие на рынке. Поэтому до получения денег от конкретного контрагента он не связан обязанностями, важным видом которых является процент от суммы займа. Кроме того, займ – это инвестиция. Абсолютно неравноценно и неразумно заключать ее обещание в жесткие рамки обязательств, если инвестор не профессиональный участник узкой специализации, то есть кредитное учреждение или банк, поэтому таковой субъект может обязываться по иску о натуральном исполнении обязательств, а обычное лицо нет. Сегодня у него есть родовые вещи и деньги, а завтра нет, и он не должен их разыскивать, неся расходы. Заключен договор или нет, но обычный заемщик на основании ст. 15 ГК РФ может истребовать убытки. Например, если обещан займ по 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.

Мы должны быть патриотами своего права, когда спор разрешается на основе английских прецедентов в РФ, вполне жизнеспособно будет прослеживаться линия защиты, основанная на ст. 1191 ГК РФ о том, что применимое иностранное законодательство должно соответствовать практике его применения именно в его судах, а не в арбитражах в соответствии с доктриной «в иностранном государстве», чей правопорядок подлежит применению.

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 шанса. Вместе с тем это не означает, что другие суды будут следовать этой 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 национальный правопорядок. 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 симпатичной. Обращает на себя внимание карнавальность судебных и арбитражных процессов по английскому праву, высокая степень ритуальности, заключающаяся в мантиях и париках, произнесении клятв и т. п. даже при слушании обычных коммерческих споров. Английские арбитражные и судебные 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.

Английское право – это не только совокупность норм, приходящих к нам через обзоры и публикации, модельные правила, рекомендованные документы, но и чрезмерное правовое многословие, возникающее в любых рабочих текстах. Прежде всего это контракты с преамбулой, поясняющей термины, для целей взаимоотношения сторон. Когда ключевым понятиям дается свое значение, таким, как обязательство, продавец, с уточнением, что это не только сторона, но и связанные с ним субъекты, сразу возникает вопрос результата поведения третьих лиц, задействованных в исполнении. Обязывает их самих по смыслу п. Б ст. 313 ГК данное положение или только подписавшего договор, или в ситуацию можно ввести солидарную обязанность. Зачем нужно предавать нюансы термину отлично от того, как он определен в законе, в судебной практике, отечественной доктрине? Ничего кроме путаницы такой прием не создает.

Вот еще один отзвук действия английского права. Вы идете за справкой в поликлинику для трудоустройства и получаете для подписания убогий текст договора на оказание медицинских услуг, читать который трудно, и который содержит лишь одно общее, лишнее смысла повествование. Сделки, полностью исполняемые при их совершении, не требуют письменной формы, – гласит п. 2 ст. 159 ГК. Вы заплатили, Вас осмотрели, подтвердили отсутствие психических отклонений, и для этого вовсе не нужен текст. Вы просматриваете ролик в Интернете и, опять-таки, Вам дается прочесть дисклеймер, что содержание его не является офертой, но по смыслу статьи 435 ГК этот ролик итак не может быть офертой, которая должна обладать следующими свойствами: направленность на заключение договора и иметь существенные условия договора. Вы открываете инструкцию или описание полезных свойств витаминов, приобретенных в аптеке, ничего не можете понять, поскольку основные термины препарата зашифрованы, введена терминология, которая имеет отличный от общечеловеческого медицинский натянутый смысл, и Вам непонятный. Это и есть результат проникновения в повседневность английского права.

Выдающийся российский правовед и политический деятель Фёдор Фёдорович Мартенс писал, что «англо-американская теория обращает судью из юриста в политика, который должен дать волю своим политическим соображениям и сообразно настроению минуты...». Именно судейской 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.

В ходе волны банкротств в Российской Федерации в арбитражах, в частности LCIA, поступали иски о возврате субординированных кредитов несмотря на то, что должникам требования должны заявляться исключительно в процедуре банкротства, и в реестр требований в соответствии с очередностью их погашения. В данном случае английские арбитры истолковали свой национальный закон о субординированных кредитах как *jus cogens* в пользу исключительно своих банков, которые предоставляют кредиты ненадежным заемщикам, имеют такой приоритет в истребовании, подавляющий публично-правовое регулирование иностранных национальных законов о банкротстве кроме регулирования в самой Великобритании. Вот, какова нашумевшая исключительно колониальная трактовка, развиваемая судами Великобритании английского права.

В этом же ряду нужно поставить запрет судиться в других юрисдикциях, исходящий не только от английских судей, но и арбитров. Развиваемое судами английское право разрывает цепочку Шарля Луи Монтескье о системе разделения властей, поскольку суды в этой парадигме не подчиняются законодателю, а работают исключительно на базе собственного усмотрения и в соответствии с духом английского права.

IV. Заключение

Если откровенно отвечать на вопрос, поставленный заявленной темой, стоит, к сожалению, сказать, что в настоящее время ни конкуренции, ни серьезного взаимодействия государственных и третейских судов мы не наблюдаем. Система государственного судопроизводства, как метод разрешения споров, доминирует над арбитражем.

Вместе с тем принятие про-арбитражного Постановления Пленума Верховного Суда № 53 дает некоторую надежду на то, что отношение судей к третейскому разбирательству изменится и мы увидим настоящее сотрудничество между третейскими и государственными судами.

За прошедшие 9 месяцев 2020 года, учитывая сложности в осуществлении как государственного правосудия, так и третейского разбирательства, вызванные коронавирусом, делать выводы на основе еще не вполне сформировавшейся практик применения Постановления № 53 мы считаем преждевременным.

Мы видим развитие культуры арбитража в России не только путем «навязывания» судьям на местах разъяснений высших судов, но с помощью глубокой научной разработки основ и комплексных вопросов третейского разбирательства.