

III. МЕЖДУНАРОДНЫЙ ТОРГОВЫЙ АРБИТРАЖ*

Доклад Генерального секретаря: возможные черты типового закона
о международном торговом арбитраже (A/CN.9/207)**

СОДЕРЖАНИЕ

	<u>Пункты</u>
ВВЕДЕНИЕ	1-8
A. ЦЕЛИ И ПРИНЦИПЫ ТИПОВОГО ЗАКОНА О МЕЖДУНАРОДНОМ ТОРГОВОМ АРБИТРАЖЕ	
I. Общие цели и проблемы	9-15
II. Общие принципы и цели	16-27
B. ОПРЕДЕЛЕНИЕ ПРОБЛЕМЫ, КОТОРЫЕ ЦЕЛЕСООБРАЗНО РЕШИТЬ В ТИПОВОМ ЗАКОНЕ	
I. Сфера применения	28
1. "Арбитраж"	29-30
2. "Торговый"	31
3. "Международный"	32-38
II. Арбитражное соглашение	39-40
1. Форма, юридическая сила и содержание	41-47
2. Стороны соглашения	48-54
3. Сфера арбитражного разбирательства	55-57
4. Независимость арбитражной оговорки	58
5. Значение арбитражного соглашения	59-61
6. Прекращение.....	62-63
III. Арбитры	
1. Требования к арбитрам	64
2. Отвод	65-66
3. Число арбитров	67
4. Назначение арбитров (и их замена)	68-69
5. Ответственность	70

* Рассмотрение вопроса Комиссией см. Доклад, глава IV (часть первая, А, выше).

** 14 мая 1981 года. Упоминается в Докладе, пункты 63 и 64 (часть первая, А, выше).

	<u>Пункты</u>
IV. Арбитражная процедура	
1. Место арбитражного разбирательства	71-72
2. Процедура арбитражного разбирательства в целом	73-74
3. Доказательства	75
4. Эксперты	76
5. Промежуточные меры защиты	77-78
6. Представительство и помощь	79
7. Неявка стороны	80-81
У. Арбитражное решение	
1. Виды решений	82
2. Вынесение решений	83-85
3. Форма решений	86-87
4. Возражения в отношении юрисдикции арбитражного суда	88-89
5. Право, применимое к существу спора	90-91
6. Урегулирование споров	92
7. Исправление и толкование арбитражного решения	93
8. Гонорары и расходы	94
9. Вручение сторонам арбитражного решения и его регистрация	95-96
10. Вступление в силу и приведение в исполнение арбитражного решения	97-100
II. Публикование арбитражных решений	101
УI. Средства защиты	
1. Возражение против арбитражного решения	102-104
2. Меры, направленные против разрешения на приведение во исполнение экзекватуры	105-106
3. Отмена или аннулирование арбитражного решения (и аналогичные процедуры)	107-111
ЗАКЛЮЧЕНИЕ И ПРЕДЛАГАЕМОЕ НАПРАВЛЕНИЕ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ	112-114

ВВЕДЕНИЕ

1. Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли на своей двенадцатой сессии рассмотрела доклад Генерального секретаря, озаглавленный "Исследование применения и толкования Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 1958)" (A/CN.9/168)* и записку Секретариата о дальнейшей работе в области международного торгового арбитража (A/CN.9/169)** I/. В записке Комиссии предлагается приступить к разработке типового закона об арбитражной процедуре, который содействовал бы решению большинства проблем, выявленных в указанном выше исследовании, и устранению трудностей правового характера, возникающих в ходе арбитражного разбирательства.

2. Комиссия на этой сессии постановила просить Генерального секретаря:

"а) подготовить аналитический сборник положений национальных законов, касающихся арбитражной процедуры, включая сопоставление таких законов с Арбитражным регламентом *** ЮНСИТРАЛ и Конвенции 1958 года;

б) подготовить в консультации с заинтересованными международными организациями, в частности, Афро-азиатским консультативно-правовым комитетом и Международным советом по торговому арбитражу, предварительный проект типового закона об арбитражной процедуре, принимая во внимание выводы, сделанные Комиссией, и, в частности:

i) что сфера применения проекта единообразных правил должна ограничиваться международным торговым арбитражем;

ii) что проект единообразного закона должен учитывать положения Конвенции 1958 года и Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ;

с) представить этот сборник и проект Комиссии на одной из ее будущих сессий" 2/.

* Ежегодник... 1979 год, часть вторая, III, С.

** Ежегодник ... 1979 год, часть вторая, III, D.

*** Ежегодник ... 1976 год, часть вторая, II, А, пункт 57.

I/ Доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее двенадцатой сессии, Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, тридцать четвертая сессия, Дополнение № 17 (А/34/17), пункты 78-80. (Ежегодник... 1979 год, часть первая, II, А).

2/ Там же, пункт 81.

3. Комиссия на своей тринадцатой сессии рассмотрела записку Секретариата, озаглавленную "Доклад о ходе работы по подготовке типового закона об арбитражной процедуре" (A/CN.9/190) 3/. В этой записке Секретариат сообщил о своей деятельности на первом этапе и указал на трудности в получении материалов, необходимых для подготовки работы над данным проектом. В целях оказания Секретариату помощи в этом вопросе Комиссия постановила просить правительства представить Секретариату необходимые материалы о их национальном законодательстве и прецедентном праве, а также имеющиеся по этому вопросу научные труды 4/. Генеральная Ассамблея включила аналогичную просьбу правительствам в свою резолюцию 35/51* от 4 декабря 1980 года (подпункт d пункта 12).

4. Секретариат выражает признательность правительствам, которые уже представили соответствующие документы. Для получения полного представления о различном действующем законодательстве и правовой практике в области арбитражного разбирательства необходимы материалы как можно большего числа государств. Наличие точной и современной информации приобретает особенно важное значение на более поздней стадии, когда на широкое обсуждение будут вынесены конкретные вопросы в целях изыскания общеприемлемых решений. Выдержки из национального законодательства по различным конкретным вопросам могли бы оказать Комиссии или Рабочей группе, если Комиссия пожелает возложить на нее эту задачу, помощь при обсуждении и разработке проекта положений,

5. Представляется целесообразным до этого обсудить и принять решение по более общим предварительным вопросам, касающимся принципов, сферы действия и возможного содержания типового закона. Настоящий доклад имеет своей целью оказать Комиссии помощь в обсуждении указанных аспектов, а также основных направлений, которые она сможет считать необходимым определить.

6. В первой части доклада (A) рассматриваются проблемы, которые необходимо решить в типовом законе, а также принципы, которые могут лежать в его основе. Уточнение этих проблем и их согласование не только поможет изысканию наиболее приемлемого подхода к данному проекту, но также поможет и определению сферы действий будущего типового закона с учетом направлений, уже согласованных Комиссией, т.е. сферы применения должна ограничиваться только международном торговым арбитражем и учитывать положения Конвенции 1958 года и Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ (решение см. выше, подпункты d (i) и (ii) пункта 2).

* Ежегодник... 1980 год, часть первая, II, D.

3/ Доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее тринадцатой сессии, Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, тридцать пятая сессия, Дополнение № 17 (A/35/17), пункты II4-II6 (Ежегодник... 1980 год, часть первая, II, A).

4/ Там же, пункт II7.

7. Во второй части доклада (В) предпринимаются попытки выявить все те проблемы, которые, возможно, должны быть решены в проекте типового закона. В этой части не просто перечисляются узловые вопросы, обычно регулируемые в арбитражных ситуациях или соответствующих разделах гражданско-процессуальных кодексов. Главное внимание в данном разделе сосредоточивается скорее на тех проблемах, включение которых представляется целесообразным с точки зрения предлагаемых целей и принципов. В частности, особо подчеркиваются случаи возникновения трудностей, встречающиеся в международной практике. Тем самым выявляются проблемы, возникающие вследствие расхождений между национальными законами или ввиду несовершенства правовых норм или различия подходов в юрисдикции различных стран с учетом критических замечаний и предложений практических работников и ученых. Вместе с тем в настоящем докладе не ставится задача подробного изучения этих проблем и представления тщательно разработанных предложений, поскольку его цель заключается лишь в выявлении этих проблем и формулировании аргументов, касающихся решения об их включении в проект типового закона. Независимо от того, будут ли в конечном итоге все указанные вопросы включены в типовой закон или нет, их обсуждение позволит более четко представить вероятную сферу действия такого закона, а также объем работы по его подготовке и необходимых для этого специалистов.

8. Представляется также целесообразным отметить, что последовательность изложения проблем и их классификация в настоящем докладе ни в коей мере не отражают предполагаемую структуру типового закона. Последовательность изложения части В (за исключением I) представляет собой лишь систему классификации национальных докладов, опубликованных в Ежегоднике торгового арбитража 5/. Такая необычная система принята в настоящей работе для облегчения ссылок и использования указанных докладов, содержащих много ценной информации, на которую опирался Секретариат при подготовке настоящего доклада 6/.

5/ Публикация Международного совета по торговому арбитражу; Главный редактор: проф. Питер Сандерс; издательство Kluwer, Postbox 23, 7400 GA Deventer, Netherlands. В последующих сносках Ежегодник торгового арбитража упоминается как "ETA".

6/ В томах I-VI "Ежегодника торгового арбитража" были опубликованы доклады о законодательстве государств: Австралии, Австрии, Алжира, Аргентины, Бельгии, Болгарии, Бразилии, Венгрии, Венесуэлы, Германской Демократической Республики, Греции, Дании, Египта, Израиля, Индии, Индонезии, Ирака, Ирана, Италии, Канады, Китая, Колумбии, Коста-Рики, Кубы, Кувейта, Ливийской Арабской Джамахирии, Мексики, Монголии, Нигерии, Нидерландов, Норвегии, Пакистана, Панамы, Перу, Польши, Румынии, Саудовской Аравии, Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии, Соединенных Штатов Америки, Союза Советских Социалистических Республик, Федеративной Республики Германии, Финляндии, Франции, Чехословакии, Чили, Швейцарии, Швеции, Эквадора, Югославии, Южной Африки, Японии.

А. ЦЕЛИ И ПРИНЦИПЫ ТИПОВОГО ЗАКОНА О МЕЖДУНАРОДНОМ ТОРГОВОМ АРБИТРАЖЕ

І. Общие цели и проблемы

9. Главная цель типового закона заключается в развитии международного торгового арбитража и обеспечении его надлежащего функционирования и признания. Его реальная ценность будет, в частности, зависеть от того, насколько он обеспечивает решение сложных проблем и трудностей, встречающихся в практике. Таким образом, при подготовке типового закона следует стремиться к решению тех задач, которые неоднократно ставились за прошедшие годы, иногда такие трудности даже назывались "пороками" или "ловушками" в международном торговом арбитраже.

10. Серьезная критика в этой связи вызвана тем фактором, что надежды сторон, выраженные в их соглашениях об арбитражном разбирательстве, часто не сбываются в результате действия противоречащих им обязательных положений применимого права. Можно привести несколько примеров, когда такие положения могут касаться и, по мнению сторон, несправедливо ограничивать свободу сторон представлять будущие споры на арбитражное разбирательство, или выбор и назначение арбитров, или полномочия арбитражного суда устанавливать пределы своей компетенции или проводить арбитражное разбирательство по своему усмотрению с учетом пожеланий сторон. Другие такие ограничения могут касаться выбора применимого права - как права, регулирующего арбитражную процедуру, так и права, применимого к существу спора. Другим важным моментом, не всегда приветствуемым сторонами, особенно, если это влияет на существо дела, является надзор и контроль со стороны судов.

11. Эти и другие ограничительные факторы, подробно изложенные ниже (в части В), вызывают уже упоминавшуюся неудовлетворенность обязательными нормами права. Именно в этой связи, например, Афро-азиатским консультативно-правовым комитетом (ААКПК) была принята рекомендация, рассмотренная Комиссией на ее десятой сессии: "Если стороны приняли какие-либо правила для проведения арбитражного разбирательства между ними, то независимо от того, предназначены ли данные правила для арбитража ad hoc или для постоянного арбитража, арбитражное разбирательство должно осуществляться в соответствии с этими правилами, несмотря на наличие во внутригосударственном праве иных положений, а вынесенное решение должно признаваться и приводиться в исполнение всеми Договаривающимися Государствами - сторонами Нью-Йоркской Конвенции 1958 года" 7/.

7/ Доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее десятой сессии, Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, тридцать вторая сессия, дополнение № 17 (А/32/17), п.39 и приложение II, пункты 27-36 (Ежегодник... 1979 год, часть первая, II, А). Данная рекомендация ААКПК приводится в документе А/CN.9/127 *, а комментарии Секретариата в А/CN.9/127/Add.1.

* Ежегодник... 1977 год, часть вторая, III.

12. Вместе с тем это предложение не следует понимать как призыв к абсолютной свободе сторон и отказу от всех обязательных положений в области международного торгового арбитража. Это ясно видно из второй рекомендации ААКПК: "Если арбитражное решение вынесено в соответствии с процедурой, которая является несправедливой по отношению к какой-либо из сторон, то в признании и исполнении такого решения должно быть отказано" 8/. Корректировка такого положения могла бы осуществляться судами той стороны, в которых испрашивается признание и приведение в исполнение иностранного арбитражного решения в соответствии с Нью-Йоркской Конвенцией 1958 года. Но это может осуществляться и на основе обязательных положений *lex loci arbitri*, касающихся недостатков разбирательства отказа в правосудии и отсутствия надлежащей правовой процедуры.

13. Другим источником проблем и вероятных неожиданных правовых последствий является необязательная часть применимого права. Хотя по определению от таких положений можно отходить и, таким образом, действие любых нежелательных положений может быть сведено к нулю, стороны могут не располагать иным положением, в частности, они могут не знать о наличии такой нормы. Также в тех случаях, когда стороны не пришли к соглашению относительно конкретного процедурного вопроса, другая трудность может возникнуть в связи с тем, что применимое право не содержит положения, которое регулировало бы данный вопрос. Отсутствие такой "вспомогательной" нормы может привести к неясности и спорности, что нанесло бы ущерб стабильности арбитражного разбирательства.

14. Упомянутые выше проблемы и нежелательные последствия, независимо от того вызваны ли они обязательным или необязательными нормами права или отсутствием соответствующих положений, могут возникать в связи с тем, что конкретный закон национального права касается лишь некоторых аспектов арбитражного разбирательства, или что такой закон устарел и нуждается в пересмотре, или что он был разработан для удовлетворения потребностей внутригосударственного арбитражного разбирательства, при этом особое внимание, возможно, уделялось местным особенностям, или что по другим причинам он не отвечает требованиям современной международной практики арбитражного разбирательства. Это осложняется тем, что применимое право часто не имеет прямого отношения к сторонам или рассматриваемому спору. Как правило применяется право места судебного разбирательства, которое фактически может избираться лишь по соображениям удобства, например, в связи с тем, что это место является резиденцией единоличного арбитра или председателя арбитражного суда.

8/ Там же.

15. В подобных случаях довольно случайного выбора применимого права стороны могут столкнуться с неизвестными для себя положениями и процедурами. Возможный отрицательный эффект такого выбора усугубляется, как это хорошо известно, наличием значительных расхождений между национальными законодательствами, касающимися арбитражной процедуры. Даже в случаях достижения определенного единообразия, например, на основе многосторонней конвенции, получившей широкое распространение, неожиданно различные результаты могут сложиться ввиду различного толкования ее положений. Это было показано в исследовании применения и толкования Нью-Йоркской Конвенции 1958 года, имеющей наиболее важное значение, которое было представлено Комиссии на ее двенадцатой сессии 9/. Кроме того, остается еще большое число неурегулированных вопросов и нерешенных проблем (которые будут рассмотрены ниже в части В), что может послужить причиной неясности и источником споров.

II. Общие принципы и цели

16. На основе указанных выше общих проблем можно сделать несколько предварительных выводов, которые могут служить основой подготовки типового закона об арбитражном разбирательстве. Представляется целесообразным, чтобы типовым законом, в целях максимального сокращения указанных трудностей, основывался на следующих принципах и имел следующие цели.

17. Наиболее важным принципом, который должен быть положен в основу типового закона, как представляется, является свобода сторон, предоставляемая им с целью облегчить надлежащее функционирование международного торгового арбитража в соответствии с намерениями сторон. Такой закон должен позволять им свободно представлять свои споры на арбитражное разбирательство и давать им возможность приспособлять "правила игры" к своим конкретным потребностям. Он также должен позволять сторонам полностью использовать нормы и политику, обусловленные современной международной практикой арбитражного разбирательства, содержащейся, например, в Арбитражном регламенте ЮНСИТРАЛ.

18. И вместе с тем представление сторонам максимальной свободы не означает, что в типовом законе все вопросы решаются по усмотрению этих сторон. Помимо желательности "вспомогательных" норм (см. выше, пункт 13), необходимо именно позитивное подтверждение или гарантия их свободы. Таким образом, типовым законом должен представлять собой "уставную основу", в которой признаются свободное волеизъявление сторон и юридическая сила и действительность их соглашения, основанного на таком законе.

19. Однако, как указано выше (пункт 12), предлагается отнюдь не представление абсолютного преимущества намерениям сторон над любой нормой права. Свобода сторон должна ограничиваться обязательными положениями, направленными на предотвращение или исправление некоторых серьезных недостатков процедуры, любых случаев отказа в правосудии или нарушения надлежащего процесса судопроизводства. Такие ограничения не будут противоречить интересам сторон, по крайней мере, интересам стороны более слабой и в данном конкретном случае находящейся в невыгодном положении. Такие ограничения также отвечали бы законным интересам соответствующего государства, со стороны которого вряд ли можно было бы ожидать вышеуказанных гарантий без реализации фундаментальных идей этого государства в отношении правосудия.

20. Пренебречь такими фундаментальными принципами, какие обычно составляют общественный порядок государства, можно лишь в том случае, если эти принципы отвечают интересам международного арбитражного разбирательства и арбитражных решений, которые должны быть "наднациональными" в смысле их полного отрыва от какого-либо национального права. Однако в основу настоящего доклада положено мнение о желательности, если не обязательности, предусмотреть определенную связь между арбитражным разбирательством, включая арбитражные решения, и национальным законом, в котором признаются и имеют юридическую силу арбитражные соглашения и решения и предусматривается надлежащая помощь со стороны судов, например, в отношении приказов о принудительном арбитраже или выбора свидетелей или приведения в исполнение промежуточных мер защиты или же предоставления последнего средства решения спора в случае невозможности его разрешения в арбитраже. При установлении такой связи также следует избегать проблемы "плавающего" решения или решения, "не имеющего гражданства", возникающей в тех случаях, когда даже суды государства, в котором было принято данное решение, не подтверждают (или отрицают) его обязательный характер вследствие недостаточной юрисдикции или "национальной принадлежности" данного решения 10/.

21. С учетом вышесказанного одной из наиболее трудных и сложных проблем при подготовке такого типового закона будет соблюдение соответствия между свободой сторон определять процедуру арбитража и требованиями правовой системы, со стороны которой ожидается признание и придание юридической силы такому закону. Прежде всего это требует точного разграничения возможных пределов вмешательства судов и надзора с их стороны и, в частности, определения материальных критериев пересмотра и причин отмены решений. Можно полагать, что решение этого вопроса в значительной степени определит успех данного проекта в целом; вместе с тем решение задачи в какой-то степени

10/ См., например, решение первой палаты по гражданским делам апелляционного суда Парижа от 21 февраля 1980 года, опубликованное в *Recueil Dalloz Sirey* 1980, p. 568, с примечанием Робера.

облегчается тем, что к транснациональным сделкам применяются, пожалуй, менее строгие правила, чем к чисто внутренним сделкам. Эта новая тенденция подтверждается, например, все более часто проводимым разграничением между международным общественным порядком и внутренним общественным порядком государства, в котором испрашивается признание и приведение в исполнение иностранного арбитражного решения II/.

22. Это, конечно, не означает, что особенности международного торгового арбитража сводятся, главным образом, лишь к таким материальным нормам, регулирующим пересмотр решений и надзор над арбитражем. Определяющими элементом при подготовке всех положений типового закона должны быть потребности современной международной практики и принципы справедливости и равенства. Потребуется немало усилий, прежде чем будет осуществлено решение Комиссии о том, "что проект единообразного закона должен учитывать положения Конвенции 1958 года и Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ" (см. пункт 2, выше).

23. В целях обеспечения стабильности международного торгового арбитража следующим принципом типового закона могла бы быть идея разработки максимально подробной и полной совокупности правовых норм. Это способствовало бы решению вышеупомянутой проблемы (пункт 13), заключающейся в том, что отсутствие положения по конкретному вопросу может привести к неясности и возникновению споров. Принцип полноты мог бы также означать включение в типовой закон вопросов, которые, возможно, регулируются другими отраслями права, поскольку это позволило бы давать единообразные решения, приспособленные к международному характеру арбитражного разбирательства. Таким образом, можно даже предусмотреть включение по крайней мере некоторых вопросов, опущенных в достаточно широком Единообразном законе об арбитражном разбирательстве 1966 года, принятом в Страсбурге: дееспособность заключать арбитражное соглашение, квалификационные требования к арбитру, встречные иски, полномочия арбитражной коллегии на ведение расследований, временное исполнение арбитражных решений, вопрос расходов на арбитраж и оплату вознаграждения арбитрам, юрисдикция судебных органов в отношении вмешательства в решение спора I2/.

24. Другие вопросы, которые было бы полезно охватить, касаются трудностей, возникающих ввиду различного толкования, Нью-Йоркской Конвенции 1958 года или ее пробелов, которые указаны в исследовании Генерального секретаря (A/CN.9/168)*. Таким образом, следует, например, внести ясность в отношении требования "письменного" арбитражного разбирательства. Можно было бы также попытаться достичь соглашения относительно права, применимого

* Ежегодник... 1979 год, часть вторая, III, С.

II/ См. A/CN.9/168, пункт 46 (Ежегодник... 1979, часть вторая, III, С).

I2/ См. General Considerations, para. 7, of the Explanatory Report on the European Convention Providing a Uniform Law on Arbitration, Council of Europe, 1967.

к конкретному арбитражному соглашению. В типовом законе следовало бы, пожалуй, решить, на сколько совместимы с арбитражным соглашением арест имущества и аналогичные меры, предпринимаемые до арбитражного разбирательства. Для уточнения еще одного из целого ряда моментов, служащих источниками затруднений, в типовом законе целесообразно было бы запросить положение на тот предмет, что в тех случаях, когда стороны к существу спора считают применимым законодательство конкретного государства, то такой выбор прямым образом означает выбор материального права данного государства, а не коллизионных норм его частного международного права.

25. Принцип стремления к завершенности следует рассматривать в связи с другой идеей, осуществление которой укрепило бы позитивный эффект деятельности юристов-помощников, арбитров и бизнесменов в выполнении трудной задачи познания правовых норм иностранной правовой системы. Суть заключается в том, чтобы закону, регулирующему международный торговый арбитраж отдать (в качестве *lex specialis*) преимущества над другими законами, за исключением указанных в (типовом) законе об арбитражном разбирательстве. В тех же целях можно, например, требовать перечисления некоторых вопросов, которые часто и в силу существа их содержания регулируются другими законами, например, перечисление вопросов, которые не могут быть предметом арбитражного разбирательства или указания лиц или органов, недееспособных заключить арбитражные соглашения. Это, по меньшей мере, облегчит применение закона, однако необязательно приведет к единообразию, поскольку государства могут перечислять различные категории таких исключений.

26. Что касается желаемого единообразия в целом, то в данном случае можно отметить, что типовой закон необязательно в меньшей степени способствует достижению единообразных стандартов, чем конвенция. Помимо каких-либо соображений относительно длительных и дорогостоящих процедур принятия и ратификации конвенции, в конечном итоге именно качество содержания предлагаемого закона определит его приемлемость. Вместе с тем во имя сохранения единообразия необходимо продвигать идею такого закона, хотя и типового, *in toto*. Другой мерой гармонизации на более позднем этапе будет "контролирование" толкования и применения этого закона путем публикации соответствующих судебных решений и выявления имеющихся расхождений. Это, конечно, является в полном смысле слова *a cura posterior*.

27. Прежде всего необходимо уточнить и завершить составление свода норм, устанавливающих справедливые и современные правила международного арбитражного разбирательства, которые были бы приемлемыми для различных правовых и экономических систем мира. С этой целью уже сейчас следует стремиться к выявлению вопросов, которые следует решить в типовом законе, и определению связанных с ними проблем и причин их возникновения.

В. ОПРЕДЕЛЕНИЕ ПРОБЛЕМ, КОТОРЫЕ ЦЕЛЕСООБРАЗНО РЕШИТЬ В ТИПОВОМ ЗАКОНЕ

1. Сфера применения

28. Комиссия на своей двенадцатой сессии постановила, что "сфера применения проекта единообразных правил должна ограничиваться международным торговым арбитражем" (см. выше, пункт 2). Представляется очевидным, что данное ограничение, если оно в конечном итоге сохранится, должно быть отражено в типовом законе. Однако представляется менее ясным, следует ли в типовом законе давать определение трех элементов, ограничивающих сферу действия закона, т.е. давать ли определение терминов "арбитраж", "торговый" и "международный", и, если да, то какие.

1. "Арбитраж"

29. Что касается первого элемента, т.е. термина "арбитраж", то представляется желательным дать его определение, поскольку данный термин представляет собой "саму суть предмета" отношений, регулируемых типовым законом. Такое определение должно охватывать как постоянный арбитраж, так и арбитраж ad hoc. Необходимо также в какой-то степени указать, что арбитраж представляет собой процедуру урегулирования спора вне судебной системы. Вместе с тем особую трудность представляет собой проведение точного разграничения между собственно арбитражем, регулируемым типовым законом, и такими процедурами, иногда даже называемыми арбитражем, которые сходны с такой арбитражной процедурой, как "arbitrato irrituale" в Италии, "bindend advies" в Голландии и "Schiedsgutachten" в Германии.

30. Хотя в трех указанных примерах "свободного арбитража" можно установить некоторые общие черты (например, определение вопросов скорее факта, чем права, и решение, обязательная сила которого аналогична положениям контракта), эти процедуры неидентичны, кроме того, подобные процедуры существуют в других правовых системах. Таким образом, предстоит отнюдь нелегкая задача дать понятию арбитража достаточно четкое определение. Во всяком случае, представляется целесообразным призвать государства, которые примут типовой закон, указать какую-либо процедуру, аналогичную арбитражу, но не входящую в сферу его применения.

2. "Торговый"

31. Что же касается второго элемента, ограничивающего сферу действия, т.е. понятия "торговый", то целесообразность его определения в данном типовом законе представляется сомнительной. Можно полагать, что данный термин, хотя не всегда и не во всех аспектах понимаемый идентично, в настоящее время получил достаточно четкое определение, по крайней мере, в качестве слова, являющегося определителем понятия арбитраж, что таким образом

исключает другие виды арбитражного разбирательства, например, арбитраж трудовых споров или вопросов семейного права. С учетом практики применения пункта 3 статьи I Нью-Йоркской Конвенции 1958 года I3/ предлагается также отказаться от толкования данного термина как "правоотношений, которые считаются торговыми по национальному праву" соответствующего государства.

3. "Международный"

32. В отношении третьего элемента, т.е. понятия "международный", представляется хотя и трудным, но необходимым дать определение данного термина, поскольку типовой закон предназначен для создания специального правового режима для такого арбитражного разбирательства, в котором затрагиваются не только чисто внутренние интересы. Существует ряд возможных критериев для квалификации арбитражного разбирательства как "международного" в смысле "не чисто внутреннего". Одним из таких примеров может быть случай, когда по меньшей мере одна из сторон имеет коммерческое предприятие в ином государстве, или же является гражданином иного государства (здесь и впоследствии называемого X). Другим фактором является возможность нахождения места арбитражного разбирательства вне пределов государства X. Вместе с тем возможен такой случай когда арбитражное соглашение (или контракт, содержащий оговорку об арбитражном разбирательстве) заключено в государстве ином, нежели X, или предмет спора касается района вне государства X (например, рынка, регулируемого в соглашении о сбыте).

33. Первые два критерия применяются, например, в Акте об арбитражном разбирательстве Соединенного Королевства 1979 года, который в разделе 3 (7) определяет

"соглашение об отечественном арбитражном разбирательстве" как "арбитражное соглашение, прямо или косвенно не предусматривающее арбитражного разбирательства в государстве ином, нежели Соединенное Королевство, и по отношению к которому ни

а) отдельное лицо, являющееся подданным или обычно проживающее в каком-либо государстве, помимо Соединенного Королевства, или

б) корпоративный орган, который зарегистрирован, или центральный аппарат управления и контроля которого действует в каком-либо государстве, помимо Соединенного Королевства,

не являются стороной в момент заключения данного арбитражного соглашения".

Отмечалось, что в данном определении пределы неотечественного арбитражного разбирательства определены очень широко с тем, чтобы международный по своей сути арбитраж мог в полной мере воспользоваться более мягкими требованиями,

I3/ См. пункт II документа A/CN.9/168 (Ежегодник... 1979 год, часть вторая, III, С).

заключенными в новом законодательстве I4/. Учитывая применяемый в данном определении упор на международный характер и принятую методику (т.е. определение скорее отечественного характера правоотношений, чем неотечественного), данное определение, как представляется, заслуживает внимания.

34. Однако для целей определения сферы действия типового закона, которая охватывала бы различные стадии арбитража (например, заключение арбитражного соглашения, арбитражное разбирательство, отмена решения, признание и приведение в исполнение решения), не следует упускать из виду некоторые трудности, которые могут возникнуть в частности в тех случаях, когда в качестве отличающего фактора используется место арбитражного разбирательства. Трудность может быть связана с тем фактом, что вопрос о применимости типового закона, основанный на неотечественном характере арбитражного разбирательства, может возникнуть еще до начала арбитражного разбирательства, например в контексте обращения к арбитражу, предусматриваемому в соответствии с пунктом 3 статьи II Нью-Йоркской Конвенции 1958 года. При этом может возникнуть неопределенность, если, как это иногда случается, в арбитражном соглашении не уточняется место арбитражного разбирательства, а решение этого вопроса возлагается на арбитра. Такое арбитражное соглашение, если оно заключено между двумя гражданами государства X, по указанному выше определению несомненно будет считаться внутренним, поскольку оно "не предусматривает арбитражного разбирательства в государстве ином, нежели государство X". Если в соглашении участвует иностранная сторона, то это вносит иностранный элемент, и в результате данное правоотношение подпадает под действие типового закона. Следовательно, можно использовать лишь один данный критерий, то есть нахождение коммерческого предприятия за рубежом или иностранное гражданство по меньшей мере одной из сторон.

35. Такое предложение решает также следующую проблему: государства (X) может не пожелать применять свои "более мягкие" положения о международном арбитраже, к ситуации, в которой, в соответствии с вышеупомянутым определением, два гражданина этого государства выбирают место арбитражного разбирательства за рубежом (что, тем самым, позволяет им избежать более жесткого процессуального права, предусмотренного для отечественных разбирательств). С другой стороны, государство, в котором осуществляется арбитражное разбирательство, возможно, не будет возражать против применения своего права, касающегося "международного" арбитража, даже если обе стороны являются гражданами одного и того же иностранного государства. Это может быть справедливо, если в этом государстве испрашивается приостановление арбитражного разбирательства на основе такого арбитражного соглашения.

I4/ Schmitthoff, The United Kingdom Arbitration Act 1979, YCA V-1980, p. 231, 234.

36. Существует и другая проблема в отношении тех положений типового закона, которые регулируют арбитражное разбирательство и процедуру отмены решений. Следует ожидать, что эти положения будут применяться главным образом, но не исключительно, к тем случаям "международного" разбирательства, которые имеют место в пределах соответствующего государства (X). Данные предположения основываются на существующих коллизионных нормах, обычно предписывающих применение процессуального права места арбитражного разбирательства, за исключением случаев, когда другое право избрано сторонами на законных основаниях. Применение указанного выше определения в таких случаях технически возможно, поскольку оно не препятствует применению права в арбитражном разбирательстве в государстве X, если по меньшей мере одна из сторон является гражданином другого государства, однако применение (иностранного) места арбитражного разбирательства в качестве одного из двух альтернативных критериев можно считать ошибочным или искажающим смысл. На практике решающим остается фактор места нахождения коммерческого предприятия (или гражданства) сторон.

37. Если, таким образом, установить требование, чтобы стороны представляли различные государства, то это, несомненно, исключит чисто отечественный характер арбитража. Это также включает случаи, когда ни одна из сторон не является гражданином данного государства. Однако представляется сомнительной целесообразность применения права государства X к таким "полностью неотечественным" случаям, поскольку можно предположить наличие определенной связи с этим государством. В данном случае можно определенно допустить, что данный вопрос не должен рассматриваться в рамках определения "сферы действия", цель которого заключается в общем определении того, какие виды споров должны регулироваться данным законом.

38. Вышеуказанные примеры, к которым можно добавить и многие другие, свидетельствуют не только о сложности данного вопроса, но и о взаимодействии или взаимозависимости между сферой действия и соответствующими коллизионными нормами. Поэтому Комиссия может пожелать обсудить вопрос о том, насколько такие соображения следует учитывать при определении сферы действия, и может даже принять решение о нежелательности включения в закон некоторых типовых коллизионных норм. Независимо от окончательного решения этого вопроса необходимо учитывать соответствующие положения Нью-Йоркской Конвенции 1958 года с тем, чтобы избежать каких бы то ни было коллизий и, по крайней мере в отношении вопроса о сфере действия, следует стремиться к применению одних и тех же критериев или критерия к различным стадиям арбитражного разбирательства, регулируемого типовым законом.

II. Арбитражное соглашение

39. В отличие от судебного разбирательства арбитраж обычно имеет место лишь в тех случаях, когда об этом имеется договоренность между сторонами. Поэтому типовой закон должен содержать положения о таком базовом соглашении.

Вместе с тем следует отметить исключения из данного правила, когда нет необходимости в таком соглашении, поскольку представление дела на арбитражное разбирательство осуществляется на основании закона. Наиболее ярким примером являются споры между предприятиями государств-членов Совета Экономической Взаимопомощи, которые, в соответствии с Московской конвенцией 1972 года или Общими условиями поставок 1968 года (разделы 90, 91), направляются в арбитражные суды, существующие при внешнеторговых, торговых или промышленных палатах. В целях завершения обзора данного вопроса можно сказать о необходимости включения в типовой закон ссылки на соответствующие исключения, существующие в данной правовой системе.

40. Возвращаясь к случаям, когда соглашение необходимо, следует отметить что на основе соответствующих положений Нью-Йоркской Конвенции 1958 года необходимо определить предмет арбитражного соглашения, его форму и содержание, а также другие смежные вопросы, которые должны быть отражены в типовом законе:

"Статья II

1. Каждое Договаривающееся Государство признает письменное соглашение, по которому стороны обязуются передавать в арбитраж все или какие-либо споры, возникшие или могущие возникнуть между ними в связи с каким-либо конкретным договорным или иным правоотношением, объект которого может быть предметом арбитражного разбирательства.

2. Термин "письменное соглашение" включает арбитражную оговорку в договоре или арбитражное соглашение, подписанное сторонами или содержащееся в обмене письмами или телеграммами.

Статья У

1. В признании и приведении в исполнение арбитражного соглашения может быть отказано по просьбе той стороны, против которой оно направлено, только если эта сторона представит компетентной власти по месту, где испрашивается признание и приведение в исполнение, доказательства того, что:

а) стороны в соглашении, указанном в статье II, были по применению к ним закону в какой-либо мере недееспособны или это соглашение недействительно по закону, которому стороны это соглашение подчинили, а при отсутствии такого указания, по закону страны, где решение было вынесено; ..."

В целях обеспечения соответствия между основными текстами правовых документов, регулирующих практику международного арбитража, было бы желательно не включать в типовой закон положения, которые могут противоречить любой из указанных выше норм.

I. Форма, юридическая сила и содержание

41. Можно предусмотреть включение в типовой закон требования, предусматривающего заключение арбитражного соглашения в письменной форме, в соответствии с пунктом I статьи II Нью-Йоркской Конвенции 1958 года. Анализ национального права показывает, что такое требование содержится в большинстве правовых систем. Даже при отсутствии в законодательстве таких указаний, отмечается, что на практике тем не менее почти все соглашения заключаются в письменной форме или же подчеркивается, что соглашения, заключенные в устной форме, иногда представляется затруднительным использовать в связи со строгими требованиями, предъявляемыми к доказательствам. В некоторых других (латиноамериканских) государствах письменная форма необязательна только для соглашений об арбитражном разбирательстве будущих споров, что, однако, имеет меньшую практическую ценность, поскольку в любом случае при возникновении такого спора необходимо официальное представление.

42. Учитывая последнюю ситуацию, можно предложить опустить в типовом законе классическое разграничение между "compromis" и "clause compromissoire". Более того, в соответствии с современными принципами арбитражного разбирательства арбитражное соглашение может относиться к текущим или будущим спорам, как это предусматривается в пункте I статьи II Нью-Йоркской Конвенции 1958 года. Такое обязательство, включенное в арбитражную оговорку, или принятое в виде отдельного соглашения представляет собой окончательное и достаточное обязательство сторон. В этом случае отпадает необходимость в каких-либо дополнительных действиях по представлению и, таким образом, нет необходимости в соблюдении зачастую строгих формальностей (например, составления официальных актов, регистрации в суде). Учитывая режим смягчения требований в соответствующих правовых системах, вышеупомянутое предложение в отношении письменной формы можно рассматривать в качестве приемлемого компромисса.

43. При согласии с требованием письменной формы можно также предложить включить в типовой закон четкое и подробное определение, что понимается под требованием "в письменной форме". Такое определение могло бы содействовать единообразному толкованию, что было бы весьма желательно не только для целей собственно типового закона, но также и для других правовых документов, например, Нью-Йоркской Конвенции 1958 года (статья II) или Конвенции Организации Объединенных Наций по морской перевозке грузов 1978 года (статья 22)*. В типовом законе можно было бы даже прямо предусмотреть возможность применения данного определения также и к соответствующим положениям других типовых документов. Что касается формы изложения такого определения, то в качестве основы можно было использовать определение, содержащееся в Нью-Йоркской

* Ежегодник... 1978 год, часть третья, I, В.

Конвенции 1958 года (пункт 2 статьи II). Однако, учитывая трудности практического характера, как отмечается в исследовании Генерального секретаря (пункты 19-26, A/CN.9/168) такое определение должно быть сформулировано в типовом законе более точно и подробно. В частности, следует решить вопросы, например, касающиеся привлечения посредников, торговой практики подтверждения факта купли-продажи, или использования стандартных форм или отсылок к общим условиям.

44. Что касается вопроса о юридической силе арбитражного соглашения, то представляется сомнительной целесообразность включения в него исчерпывающего перечня причин отказа в признании его действительным. Наилучшим подходом было бы, пожалуй, указать в нем лишь те причины, которые непосредственно касаются арбитражного разбирательства, и опустить другие причины, относящиеся к любому соглашению или контракту (например, ошибки). Пример первого вида содержится в статье 3 Единого закона, принятого в Страсбурге: "Арбитражное соглашение не является действительным, если оно создает для одной из сторон привилегированное положение в отношении назначения арбитра или арбитров".

45. В типовом законе регулируются менее значительные вопросы, касающиеся юридической силы, более же крупные вопросы требуют отдельного положения, определяющего право, применимое для определения действительности арбитражного соглашения. Правовая норма, содержащаяся в Нью-Йоркской Конвенции 1958 года (подпункт I а статьи У) для этого совершенно не приемлема. Первая альтернатива ("по закону, применимому к сторонам") создает трудности в тех случаях, когда свобода выбора сторон ограничена, и, что более важно, дополнительное альтернативное условие ("по закону, страны, где решение было вынесено") недостаточно, поскольку, как указывалось ранее (пункт 33), данный вопрос может возникнуть в такой момент, когда еще не определено место арбитражного разбирательства или вынесения решения. Таким образом, необходимо предусмотреть возможность установления дополнительных критериев (например, таких как место заключения соглашения, право, регулирующее спор по существу), если тем не менее будет решено включить этот столь спорный вопрос в текст типового закона.

46. В этой связи возникает вопрос о содержании арбитражного соглашения. Как указывалось выше (пункт 40), обязательство передать спор на арбитражное разбирательство может относиться к текущим или будущим спорам. Также следует определить целесообразность включения в типовой закон требования более подробного указания вида спора и требований в отношении минимума содержания арбитражного соглашения. Так, например, в пункте I статьи II Нью-Йоркской Конвенции 1958 года указываются споры "в связи с каким-либо конкретным договорным или иным правоотношением, объект которого может быть предметом арбитражного разбирательства".

47. Таким образом, в типовом законе также можно предусмотреть требования, обязывающие стороны конкретно указывать соответствующие договорные или иные правоотношения. С другой стороны, нет необходимости включать в арбитражное соглашение положение ограничивающее круг объектов, способных служить предметом арбитражного разбирательства. Вместе с тем в типовом законе следует указать на такое ограничение, возможно, вместе с перечислением объектов, которые не могут служить предметом арбитража, то есть указать исключения из сферы действия арбитража, рассматриваемые ниже (пункты 55-56). В законодательстве некоторых стран к арбитражному соглашению предъявляются требования поименного указания арбитра (арбитров) или, по крайней мере, процедуры их назначения. Конечно, можно советовать сторонам воспользоваться этой рекомендацией, однако, как представляется, нет необходимости требовать строгого соблюдения этого условия. В этой связи следует упомянуть последующее предложение, по которому типовой закон должен содержать дополнение, определяющее процедуру назначения в тех случаях, когда это не было согласовано сторонами или не соответствует возлагавшимся на нее надеждам (см. ниже, пункт 69).

2. Стороны соглашения

48. В целях обеспечения широкого доступа к арбитражному разбирательству и в соответствии с четко наметившейся тенденцией в современной практике арбитражного разбирательства следует, по возможности, предоставить всем лицам (физическим или юридическим) право заключать арбитражные соглашения. Идея отказа от ограничений в этой связи касается, конечно, лишь конкретной правоспособности представлять спор на арбитражное разбирательство, но не общей правоспособности заключать соглашения (например, ограниченной для несовершеннолетних). Цель также заключается не в том, чтобы воспрепятствовать, например, какой-либо торговой ассоциации предоставлять доступ к своему арбитражному механизму исключительно для своих членов. Задача заключается в том, чтобы ни одна категория лиц или корпораций или органов не была лишена такой возможности на основании закона.

49. Попытка отменить все существующие ограничения в целях предоставления полного доступа к арбитражу может оказаться трудной задачей в отношении правительственных учреждений или аналогичных государственно-правовых институтов, поскольку в данном случае речь идет о важных государственных интересах, включая компетенцию внутренней организации и разделение власти. Тем не менее, такие трудности можно, по-видимому, преодолеть, учитывая конкретную сферу применения, то есть международный торговый арбитраж. Что касается торгового аспекта соответствующих сделок, то либеральная норма, регулирующая правоспособность принимать обязательство об арбитражном разбирательстве, способна в меньшей степени служить предметом критики, поскольку арбитраж является общей процедурой улаживания споров в данной области, и такой вид деятельности не имеет тесной связи с формированием политики государства и

обеспечения его общественного порядка, который соответствовал бы его стремлениям. Что касается международного аспекта, то государство может занять более либеральную позицию в отношении международных сделок и споров, чем в отношении чисто внутренних дел; такое различие, например, четко проводится во Франции 15/.

50. С учетом вышесказанного можно предусмотреть включение правила в свете статьи II (1) Европейской Конвенции о внешнеторговом арбитраже 1961 года, в соответствии с которой "юридические лица, которые по применимому к ним национальному закону рассматриваются как "юридические лица публичного права", будут иметь возможность заключать арбитражные соглашения. В пункте 2 указанной статьи Договаривающемуся Государству разрешается "сделать заявление об ограничении упомянутой возможности условиями, указанными в его заявлении". Можно предусмотреть возможность включения в типовой закон аналогичной "оговорки", сделанной заинтересованным государством, с целью перечисления всех исключений, если таковые считаются необходимыми.

51. В таком контексте участия государства в арбитражном разбирательстве Комиссия может пожелать обсудить вопрос о целесообразности включения в типовой закон соответствующих аспектов государственного иммунитета. Возможно, следует напомнить, что одной из рекомендаций ААКПК, рассмотренных Комиссией на ее десятой сессии 16/, является следующее положение: "Если государственное учреждение является стороной торговой сделки, по условиям которой оно заключило арбитражное соглашение, то оно не должно ссылаться на государственный иммунитет в отношении арбитражного разбирательства, проводимого на основании этого соглашения" 17/. Как отмечалось подкомитетом ААКПК по торговому праву, суть этого предложения заключается в том, чтобы правительственное учреждение, вступившее в юридически действительное арбитражное соглашение в рамках коммерческой сделки, не имело возможности ссылаться на государственный иммунитет на всех стадиях арбитражного разбирательства, включая стадию признания и приведения в исполнение арбитражного решения 18/.

52. Можно полагать, что проблема государственного суверенитета в контексте арбитражного разбирательства представляет собой лишь часть более общей и

15/ 2 мая 1966 года Верховный суд постановил, что статья 2060 Гражданского кодекса, в соответствии с которой ни государства, ни государственное образование не могут быть стороной в арбитражном соглашении, к международным контрактам не применяется.

16/ Доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее десятой сессии, Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, тридцать вторая сессия, Дополнение № 17 (A/32/17), приложение II, пункты 27-37 (Ежегодник ... 1977 год, часть первая, II, A).

17/ Подпункт 3 (с) приложение к A/CN.9/127 (Ежегодник ... 1977 год, часть вторая, III).

18/ Пункты II, I2 документа A/CN.9/127/Add.1.

сложной проблемы, носящей явно политический и публично-правовой характер 19/. Тем не менее было внесено предложение не исключать данный вопрос без его обсуждения в рамках подготовительной работы над типовым законом. Возможно, даже удастся найти приемлемое решение, учитывая тот факт, что арбитраж будет ограничиваться лишь коммерческой деятельностью государств и его органов, широко понимаемой, как это следует из законодательства большинства стран 20/, не как осуществление суверенной власти, требующей специальных привилегий ("acta jure imperii"), а так деятельность, осуществляемую на той же основе, что и частные корпорации или лица ("acta jure gestionis").

53. Обнадеживает также и тот факт, что, поскольку арбитраж зависит от согласия на арбитражное разбирательство, любые ограничения государственного иммунитета применяются на практике только в тех случаях, когда правительственное учреждение заключает арбитражное соглашение. Если же в действительности правительственное учреждение или аналогичный орган делает выбор в пользу заключения арбитражного соглашения, то представляется оправданным, что оно соблюдает свое обязательство по отношению к другой стороне, которая в разумных пределах опирается на него.

54. Поэтому целесообразно подумать о включении в типовой закон положения, устанавливающего определенный отказ от упоминания или защиты государственного иммунитета либо в виде подразумеваемого отказа или, по крайней мере, в виде рекомендации прямо согласиться не делать ссылок на государственный иммунитет. В любом случае необходимо тщательно изучить возможность такого отказа и его правовые последствия как в отношении собственно арбитражного разбирательства, включая юрисдикцию судов, юрисдикции которых подлежит данный арбитраж, так и признания и приведения в исполнение решений.

3. Сфера арбитражного разбирательства

55. В большинстве правовых систем один или несколько видов правоотношений исключаются из сферы арбитражного разбирательства зачастую путем создания исключительной юрисдикции определенных судов. Коммерческие правоотношения такого типа могут касаться, например, банкротства, антитрестовского законодательства, ценных бумаг, патентов, торговых знаков и авторских прав. Однако, как показал анализ судебных решений, касающихся Нью-Йоркской Конвенции 1958 года 21/, все шире применяется менее строгий подход к международным сделкам, чем к чисто внутренним сделкам, либо даже считается, что такое законодательство относится лишь к сугубо внутренним делам.

19/ См. оговорки, заявленные в отношении государств и правительств в ходе дискуссий на десятой сессии Комиссии, там же (fn 16), пункт 33.

20/ См., например, подборку статей о различных национальных системах в 10-м томе "Ежегодника международного права Нидерландов", 1979 год, стр. 3 и далее.

56. В соответствии с указанной тенденцией и в целях развития практики международного торгового арбитража следует стремиться к максимально возможному сокращению правотношений, не подлежащих арбитражному разбирательству. Что же касается правотношений, которые, как представляется, необходимо исключить из сферы действия арбитражного разбирательства, например, положений о таможенном контроле или контроле над иностранной валютой, то можно рекомендовать государствам, принявшим типовой закон, составить перечень таких правотношений. Это оказало бы помощь иностранным юристам и предпринимателям в получении необходимой информации и выяснении соответствующих проблем.

57. При решении вопроса о сфере действия арбитража представляется необходимым также решить вопрос о том, может ли арбитражное урегулирование спора, касающегося какого-либо контракта, использоваться, как это часто называется для "заполнения пробелов". При обсуждении этого весьма спорного вопроса следует различать между истинным заполнением пробелов, то есть решением вопросов, которые стороны в своем соглашении намеревались решить, но не сделали это, будь то преднамеренно или нет, и внесением в контракт изменений в связи с изменившимися обстоятельствами, которые являются непредсказуемыми и в связи с этим невозможностью сторон предусмотреть их при заключении соглашения. Каждую из указанных функций необходимо обсудить отдельно и решить, могут ли арбитры выполнять их без предварительной санкции сторон, и если нет, следует ли устанавливать какие-либо пределы правовых последствий при наличии предварительной санкции.

4. Независимость арбитражной оговорки

58. Было предложено в типовом законе четко указать независимость или автономность арбитражной оговорки в соответствии с практикой современного законодательства в области арбитража ^{23/}. Это означает, что арбитражную оговорку, являющуюся частью контракта, следует считать соглашением, независимым от других условий контракта. Такая независимость может облегчить вынесение арбитражным судом решения относительно отвода его по неподсудности, когда такие отводы основываются на отсутствии или недействительности арбитражной оговорки. Еще одним важным аспектом независимости является тот факт, что решение арбитражного суда о ничтожности контракта не влечет за собой *ipso jure* недействительности арбитражной оговорки.

5. Значение арбитражного соглашения

59. Цель арбитражного соглашения заключается в урегулировании каких-либо споров путем арбитражного разбирательства, за исключением случаев, подлежащих юрисдикции обычных судов. Если одна из сторон тем не менее предъявляет

^{22/} См., например, статью 21 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ (Ежегодник ... 1976 год, часть первая, II, А, пункт 57).

В суд иск, касающийся предмета спора, то другая сторона должна иметь возможность обоснованно сослаться на арбитражное соглашение. При этом возникает вопрос, должен ли суд иметь какую-либо свободу выбора и какие вопросы необходимо изучить при определении того, следует ли стороны отослать к арбитражу. В статье II (3) Нью-Йоркской Конвенции 1958 года дается такой ответ:

"Суд Договаривающегося Государства, если к нему поступает иск по вопросу, по которому стороны заключили соглашение, предусматриваемое настоящей статьей, должен*, по просьбе одной из сторон направить стороны в арбитраж, если не найдет, что упомянутое соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено".

60. Суть этого положения предлагается в целях единообразия отразить в типовом законе. Однако некоторые дополнительные положения, не противоречащие вышеуказанному, могли бы содействовать прояснению возникающих при этом вопросов. Так, например, можно было бы указать вид судебного решения, отсылающего стороны к арбитражу, например, приостановление или прекращение судебного процесса. В этом контексте можно также предусмотреть возможность вынесения судом приказа об обязательном урегулировании спора в арбитраже. Другой вопрос, который нуждается в уточнении, как показал анализ судебных решений 23/, представляет собой сложный случай, встречающийся в международной торговле, когда в сделке участвуют более двух сторон, не все из которых заключили арбитражное соглашение. Возможно, было бы целесообразно обратиться еще к одному вопросу о том, до какой стадии судебного разбирательства сторона сохраняет право ссылаться на арбитражное соглашение.

61. Еще одно уточнение касается вопроса о сфере применения рассматриваемого в другой части настоящего документа (см. выше, пункты 31-38). Значение четкого положения по этому вопросу становится очевидным, если учитывать трудности или расхождения, вызванные отсутствием такого положения в Нью-Йоркской Конвенции 1958 года 24/. И наконец, типовой закон может решить, на сколько приказ о наложении ареста или иные меры судебной защиты совместимы с арбитражным соглашением. Отсутствие такого положения в Нью-Йоркской Конвенции 1958 года явилось причиной расхождений решений судов по этому вопросу 25/. Представляется желательным запретить в типовом законе такое положение, допускающее судебную защиту, поскольку оно также относится и к доарбитражной стадии, либо такое положение можно объединить с положениями, регулирующими арбитражное разбирательство (см. ниже, пункты 77, 78).

* К тексту на русском языке не относится.

23/ Пункты 27-28 документа A/CN.9/168 (Ежегодник ... 1979 год, часть вторая, III, С).

24/ См. пункты 16-18 документа A/CN.9/168 (Ежегодник ... 1979 год, часть вторая, III, С).

25/ Пункт 29 документа A/CN.9/168 (Ежегодник ... 1979 год, часть вторая, III, С).

6. Прекращение

62. Можно предусмотреть уточнение в типовом законе некоторых обстоятельств, которые прекращают или не прекращают арбитражное соглашение. Примеры, которым необязательно следовать, содержатся в Едином законе, принятом в Страсбурге в 1966 году. В соответствии со статьей 10 (I) арбитражное соглашение прекращается *ipso jure* в связи с кончиной арбитра, указанного в арбитражном соглашении, либо в связи с его неспособностью по причинам права или факта исполнять свои функции, либо если арбитр отказывается принять их, или не выполняет их, либо если его функции прекращаются на основе взаимного соглашения сторон. В статье 19 устанавливается срок, в течение которого должно быть вынесено решение, и далее, в пункте 14 предусматривается, что "если арбитры поименованы в арбитражном соглашении и в течение соответствующего срока не выносятся арбитражное решение, арбитражное соглашение прекращается *ipso jure* при отсутствии иной договоренности сторон". Пример непрекращения содержится в статье 11: "При отсутствии иного соглашения сторон ни арбитражное соглашение, ни произведенное назначение арбитра не отменяются в случае смерти одной из сторон".

63. Целесообразно предусмотреть также положение о прекращении арбитражного соглашения в результате урегулирования спора на согласованных условиях ("accord des parties") и тем самым можно провести различие между согласованным урегулированием, осуществляемым в форме решения, и урегулированием спора в форме обычного соглашения.

III. АРБИТРЫ

I. Требования к арбитрам

64. Представляется сомнительной целесообразность включения в типовой закон каких-либо положений, устанавливающих, кто может выступать в качестве арбитра. Было бы затруднительно установить перечень определенных требований, предъявляемых к арбитрам, за исключением требований весьма общего характера, которые имеют ограниченную практическую ценность. Также представляется трудным установление определенных категорий лиц, которым следует отказать в исполнении обязанности арбитра (например, судьям); вместе с тем не следует отказывать в таком праве иностранцам ^{26/}. Если же принимать в типовом законе норму, определяющую круг лиц, которые могут быть назначены арбитрами, или устанавливающую требования к их квалификации, то в ней необходимо очертить пределы ограничений, которые должны иметь преимущество перед противоречащими ей положениями, содержащимися в отдельных арбитражных соглашениях или в применимых обычных правилах арбитражных учреждений или торговых ассоциаций.

^{26/} См., например, статью 2 Страсбургской конвенции 1961 года: "Каждая договаривающаяся сторона обязуется не сохранять в своем праве и не вводить в него положения, запрещающие иностранцам действовать в качестве арбитров".

2. Отвод

65. Что касается отвода арбитров, то здесь следует предусмотреть причины, на основании которых может быть сделан отвод арбитра, и определить процедуру отвода, включая пределы участия в этом суда. Национальное право часто содержит подробный перечень оснований для отвода, обычно применяемых также и к судьям. Причины отвода связаны с рассматриваемым спором, например, это может быть финансовая заинтересованность или имевшая ранее место связь с предметом спора или определенное отношение к одной из сторон. Представляется необходимым решить вопрос о целесообразности выработки "единообразного" перечня причин, или же включения в типовой закон лишь общей формулы, скажем, такого порядка "обстоятельства, дающие повод к возникновению обоснованных сомнений в беспристрастности или независимости арбитра".

66. Что же касается процедуры отвода арбитра, то предлагается запретить в типовом законе гарантии свободы сторон согласовывать процедуру такого отвода. В частности, типовой закон должен признавать любое соглашение в отношении лица или органа, которому стороны поручили решить вопрос об отводе (например, арбитраж, арбитражный суд, секретарь или специальный комитет арбитражной ассоциации или назначающий орган). Вместе с тем представляется необходимым изучить и прямо установить в типовом законе, следует ли разрешать обращаться в суд только в тех случаях, когда это предусматривается арбитражном соглашении, или же такое обращение, независимо от наличия соответствующей договоренности, должно осуществляться в качестве последней возможности разрешения спора. И, наконец, возможно было бы целесообразно разработать "дополнительные" нормы для тех случаев, когда стороны не урегулировали процедуру отвода. Можно было бы также ввести дополнительные нормы, касающиеся раскрытия неизвестных ранее обстоятельств и ограничения права отвода в соответствии со статьями 9 и 10 (2) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ 27/ и статья 12 (2) Единого закона 1966 года, принятого в Страсбурге 28/.

27/ Статья 9: "Будущий арбитр сообщает тем, кто обращается к нему в связи с возможным его назначением, любые обстоятельства, которые могут вызвать оправданные сомнения в отношении его беспристрастности или независимости. Арбитр, будучи назначен или избран, сообщает о таких обстоятельствах сторонам, за исключением случаев, когда они уже были ранее уведомлены им об этих обстоятельствах".

Статья 10(2): "Сторона может заявить отвод назначенному ей арбитру только на основании, которое стало известно ей после такого назначения".

28/ Статья 12(2): "Сторона не может отводить назначенного ей арбитра, кроме как по основаниям, о которых ей становится известно после назначения".

3. Число арбитров

67. Число арбитров можно считать одним из вопросов, право на решение которого следует полностью предоставить сторонам в их соглашении. Вместе с тем можно установить требование нечетного количества арбитров, как, например, предусматривается в статьях 5(1), (2) Единообразного закона 1966 года, принятого в Страсбурге 29/. Однако, хотя такое требование может повысить эффективность арбитражного разбирательства, тем не менее представляется, что оно служит мерой перестраховки, носящей нормативный характер. Что же касается особой практики, известной в некоторых системах, назначения третьего арбитра в качестве "третьей стороны" или "рефери", то предлагается признать в типовом законе такую функцию, если она предусматривается арбитражным соглашением, но не включать ее в какие-либо "дополнительные" нормы. В качестве "дополнения" можно предусмотреть осуществление арбитражного разбирательства тремя арбитрами, если стороны не смогли договориться об их числе.

4. Назначение арбитров (и их замена)

68. Типовой закон должен гарантировать свободу сторон согласовывать процедуру назначения арбитров, при условии обеспечения равенства сторон (см. выше, пункт 43). Такая процедура может основываться на общепринятой системе назначения арбитров сторонами, в соответствии с которой каждая сторона назначает одного арбитра, и образованная таким образом коллегия в составе двух арбитров назначает третьего арбитра.

69. Можно также предусмотреть создание на основе "дополнительных норм" "резервного" механизма на тот случай, когда стороны не пришли к согласию о процедуре назначения, или когда сторона не смогла назначить своего арбитра, или когда два арбитра не смогли назначить третьего арбитра, если об этом имеется договоренность сторон. При этом можно обсудить пределы и условия обращения в суд в случаях таких "отклонений". Кроме того, было бы, пожалуй, целесообразно предусмотреть некоторые положения, устанавливающие причины и процедуру замены арбитра.

5. Ответственность

70. В настоящее время зачастую вызывает споры вопрос о пределах ответственности арбитра за неправильные действия или ошибку. Национальное право, если в нем затрагивается эта проблема, склонно применять к арбитрам те же

29/ Статья 5: "1. Арбитражная коллегия должна состоять из нечетного числа арбитров. Допускается рассмотрение спора единоличным арбитром.

" 2. Если арбитражное соглашение предусматривает четное число арбитров, подлежит назначению дополнительный арбитра".

(смягченные) требования, что и к судьям. Учитывая, что проблема ответственности регулируется не во всех случаях и крайне спорна, представляется сомнительной возможность ее удовлетворительного решения в типовом законе, Однако Комиссия может пожелать в этом контексте продумать вопрос о нецелесообразности начала работы по подготовке кодекса поведения или кодекса этических норм, которые наряду с типовым законом могли бы предоставлять арбитрам рекомендации по осуществлению их важных функций.

IV. Арбитражная процедура

I. Место арбитражного разбирательства

71. В типовом законе следует признать свободу сторон избирать место арбитража, за исключением тех случаев, когда свобода ограничивается каким-либо обязательным положением (например, статья 22 Гамбургских правил). Для случаев, когда стороны не указали место арбитража и не поручили третьему лицу или органу (например, арбитражному суду, секретариату арбитражного учреждения) принять решение по этому вопросу, типовой закон может предоставить арбитражному суду право самому избрать место арбитража.

72. "Место арбитража" не обязательно означает, что все заседания или слушания будут действительно проводиться в этом месте (см., например, статьи 16(2), (3) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ), но его четкое установление имеет важное значение для различных правовых аспектов. Решение должно быть вынесено в указанном месте и, как это нередко требуется в национальном законодательстве, должно быть оформлено или зарегистрировано в этом же месте в определенный срок. Кроме того, место, в котором было вынесено арбитражное решение, является важным критерием для определения применимости Нью-Йоркской Конвенции 1958 года в отношении признания и приведения в исполнение решений (статья I). Еще одним правовым последствием является достаточно известный факт, заключающийся в том, что выбор сторонами места арбитражного разбирательства понимается как выбор применимого процессуального права, если на этот счет не имеется четко выраженного положения. Было бы, вероятно, целесообразным обратиться к такому толкованию, противоречивому и не всегда несомненному в том случае, если вообще существует необходимость отразить в типовом законе коллизионные аспекты (см. выше пункт 38).

2. Процедура арбитражного разбирательства в целом

73. Типовой закон должен предоставлять арбитражному суду право проводить арбитражное разбирательство таким образом, как он сочтет необходимым, при условии соблюдения следующих ограничений. Арбитражный суд должен считать стороны равноправными и предоставлять каждой из них и на любой стадии процесса возможности для полного изложения своей позиции. Арбитражный суд также должен следовать всем указаниям процедурного характера, которые стороны могут сделать по данному делу конкретно или в виде отсылки к какому-либо своду арбитражных норм.

74. Кроме того, типовой закон может вводить некоторые нормы, которые будут обязательные для арбитров, либо независимо от любого противоречащего им соглашения сторон, либо лишь в том случае, когда стороны не согласились об ином. Примерами первого вида, то есть императивных норм, являются положения, касающиеся временных мер судебной защиты (эти вопросы рассматриваются ниже в пункте 78), неисполнения стороной своих обязательств (пункты 80-81) и возражений в отношении компетенции арбитров, которые рассматриваются в разделе, посвященном арбитражным решениям, поскольку они часто связаны с такими решениями (пункты 88-89). Примерами второго вида, то есть норм, от которых стороны могут отходить, являются положения о доказательствах (пункт 75), экспертах (пункт 76) и о представительстве и оказании помощи (пункт 79). К ним можно отнести положения, касающиеся слушания дела, изменений исковых требований или возражений, или языка (языков), используемого в ходе разбирательства, в силу чего язык арбитражного разбирательства может рассматриваться в качестве возможного детерминанта.

3. Доказательства

75. В соответствии с правилами, согласованными сторонами, арбитражный суд в соответствии с типовым законом может принимать и следовать своим собственным правилам, касающимся доказательств, включая право определения допустимости, уместности и значения каких-либо представляемых доказательств. Поскольку арбитражный суд не обладает полномочиями обеспечивать исполнения своих процедурных решений, таких, как вызов свидетеля или требования о предоставлении стороной какого-либо документа, то в типовом законе можно предусмотреть оказание некоторой помощи в этом отношении со стороны судов. При этом следует четко определить возможные судебные меры и их конкретные условия. Кроме того, типовой закон мог бы содержать "дополнительные" правила (которые соответствовали бы, например, статьям 24 и 25 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ) для тех случаев, когда стороны не пришли к соглашению относительно правил, касающихся доказательств.

4. Эксперты

76. По вопросу правил, касающихся привлечения к арбитражному разбирательству экспертов, применяются в целом те же соображения, что и для доказательства. Таким образом при условии наличия соглашения между сторонами, арбитражный суд имеет право назначить эксперта, в связи с чем в типовом законе следует конкретно указать, делается ли это по просьбе стороны или же *ex officio*. Дополнительные правила могут оказаться в этом случае особенно полезными, поскольку стороны при выработке арбитражного соглашения обычно выпускают из виду ряд важных вопросов, которые полностью регулируются лишь в нескольких типовых арбитражных регламентах. Поэтому представляется желательным включить в типовой закон дополнительные положения, которые соответствовали бы статье 27 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ, по таким вопросам,

как круг ведения экспертов и права и обязательства сторон в отношении исполнения экспертом своей функции.

5. Промежуточные меры защиты

77. Предлагается включить в типовой закон положения о таких промежуточных мерах, как распоряжение о передаче товаров на хранение третьей стороне и о продаже скоропортящихся товаров или о наложении ареста или изъятии активов. Необходимо решить вопрос о том, может ли арбитражный суд принимать такие меры даже без предоставления ему сторонами особых полномочий на это. Далее следует определить виды мер, которые необходимо указать в типовом законе, и определить целесообразность предоставления судами помощи в придании решениям юридической силы.

78. Обращение в суд может осуществляться не только в целях использования его аппарата для исполнения мер, установленных арбитражным судом, но также и с целью принятия им самим такого решения, прежде всего в тех случаях, когда это требует одна из сторон. Полезно было бы рассмотреть вопрос о том, можно ли такие судебные меры и их условия регулировать типовым законом, или же эти вопросы лучше решать в общем законе процедурного характера. Однако в любом случае представляется необходимым дать ответ, желательно положительный, на вопрос о том, насколько просьба о таких промежуточных мерах совместима с арбитражным соглашением и не представляет ли она отказ от соглашения. Как указывалось ранее (см. выше, пункт 61), такой вопрос может возникнуть еще до начала арбитражного разбирательства.

6. Представительство и помощь

79. В отношении представительства и помощи возникают, например, вопросы о том, может ли какая-либо сторона быть представлена в арбитраже или получать какую-либо помощь, и если "да", то кто может ее представлять и оказывать помощь, может ли арбитражный суд требовать, чтобы сторона участвовала в разбирательстве лично, и необходимо ли предварительное уведомление о лицах, представляющих стороны в разбирательстве или оказывающих ей помощь. Хотя в ряде национальных законов (и в статье 16(4) Единообразного закона 1966 года, принятого в Страсбурге) содержатся положения по этому пункту, могут возникнуть сомнения в реальной необходимости включения такого вопроса в типовой закон.

7. Неявка стороны

80. Типовой закон должен регулировать последствия неявки на разбирательства стороны, по крайней мере неявки ответчика/лица, против которого выдвинут иск. В целях обеспечения необходимого "уважения" к арбитражному разбирательству арбитражному суду можно предоставить право продолжать разбирательство и выносить обязательное решение даже в том случае, если ответчик

не является на разбирательство без уважительных на то причин. Однако такие потенциально жесткие меры представляются оправданными лишь тогда, когда выполнены определенные условия, основанные на принципах справедливого судопроизводства и подробно изложенные в типовом законе.

81. Во первых, сторона, не являющаяся на разбирательство, должна быть заранее должным образом уведомлена. Во-вторых, необходимо, чтобы арбитражный суд четко установил свою компетентность. Для этой цели следует установить наличие юридически действительного арбитражного соглашения, что может оказаться нелегкой задачей при отсутствии сведений со стороны ответчика. Третье ограничение касается существования спора и решения по этому спору. Арбитражный суд, при отсутствии надлежащего расследования, включая оценки доказательств, может не согласиться с причинами и объяснениями, представленными истцом в поддержку своего требования. Необходимо точно определить данное требование к расследованию, противоречащее процессуальному праву большинства стран в том, что касается неявки стороны на судебное разбирательство.

У. Арбитражное решение

1. Виды решений

82. Представляется сомнительной реальная необходимость закреплять в типовом законе различные возможные виды арбитражных решений. Если будет решено включить это в типовой закон, то арбитражному суду следует предоставить право наряду с окончательным решением выносить промежуточное, предварительные или частичные решения и, при наличии совместной просьбы сторон, пользоваться этим правом.

2. Вынесение решений

83. В данном случае необходимо учесть два момента процессуального характера, касающихся вынесения решения. Это, во-первых, срок, в который должно быть принято решение, и во-вторых, процесс принятия решения, отражаемый в арбитражном решении.

84. Идея установления срока, как это имеет место в некоторых национальных законодательствах, заслуживает одобрения, поскольку это помогает предотвратить задержки, но вместе с тем надлежащее регулирование этого аспекта представляет собой нелегкую задачу. В частности, трудность заключается в том, что установленный срок может оказаться недостаточным для всех случаев, что, в свою очередь, требует создания отработанного механизма его продления. Для установления такого срока в суде (как это, например, предусматривается в статье 19(2) Единообразного закона 1966 года, принятого в Страсбурге), требуется введение дополнительных формальностей, не всегда способствующих

быстрому разбирательству 30/. Вероятные санкции за несоблюдение срока, типа, скажем, прекращения полномочий арбитра (арбитров), могут повлечь за собой дополнительные проблемы 31/. Учитывая указанные трудности, было бы целесообразно полностью предоставить решение этого вопроса на усмотрение сторон, которые путем установления срока и процедуры, соответствующих их потребностям, или путем назначения арбитров, известных прежде всего своей эффективностью, могут решить этот вопрос.

85. Что же касается процесса принятия решения в ходе арбитражного разбирательства с участием более чем одного арбитра, то в данном случае основной вопрос заключается в том, следует ли в типовом законе закреплять на этот предмет специальные правила или же решение этого вопроса типовой закон должен оставить на усмотрение сторон и устанавливать лишь "дополнительные" нормы, если таковые желательны. Учитывая правовой статус решения с точки зрения его признания и возможности приведения в исполнение, императивная норма представляется предпочтительнее. Такая норма может устанавливать, чтобы решение выносилось большинством голосов арбитров; однако в исключительных случаях, когда невозможно достичь большинства голосов, типовой закон мог бы признавать соглашение сторон о предоставлении председателю арбитражной коллегии права решающего голоса. В целях уточнения можно добавить, что в вынесении решения обязаны принимать участие все арбитры.

3. Форма решений

86. Очевидно, что арбитражное решение должно выноситься в письменной форме. Другим очевидным требованием, также широко распространенным в национальном праве, является его подписание арбитром (арбитрами). Однако национальное законодательство расходится в вопросе о том, могут ли быть допущены какие-либо исключения, если арбитражное разбирательство осуществляется более чем одним арбитром. Наиболее приемлемым компромиссом в контексте международного торгового арбитража, по-видимому, было бы не безусловное требование подписания арбитражного решения всеми арбитрами, а установление такого порядка, когда факт отсутствия подписи и причина такого отсутствия указывались бы в решении, которое при этом должно быть подписано по крайней мере большинством арбитров.

30/ Статья 19(2): "Если стороны не установили такого срока и не определили метод его установления, если арбитражная коллегия задерживается с вынесением решения и если истек шестимесячный срок со дня, когда все арбитры уже приняли свое назначение по рассмотрению представленного в арбитраж спора, судебный орган может по требованию одной из сторон установить определенный срок для арбитражной коллегии".

31/ Помимо этой санкции в Едином законе 1966 года, принятом в Страсбурге, предусматривается даже прекращение арбитражного соглашения, если арбитры в нем указаны поименно (см. выше, пункт 62).

87. Необходимо также решить вопрос о закреплении в типовом законе каких-либо требований в отношении содержания арбитражного решения 32/. Можно считать некоторые такие элементы слишком очевидными, чтобы их прямо отражать в типовом законе, например, постановляющую часть (решение), фамилии и адреса сторон и арбитров, предмет спора. Однако есть моменты, которые менее ясны, но имеют крайне важное значение, например, время и место вынесения решения. И, наконец, в типовом законе необходимо решить проблему, по которой национальные законодательства расходятся и которая является спорной, т.е. следует ли в арбитражном решении указывать мотивы, на котором оно основано. Возможно, что наиболее приемлемым решением в международном плане было бы требование указания таких мотивов, за исключением случаев, когда стороны согласились, что арбитражное решение не должно быть мотивировано.

4. Возражения в отношении юрисдикции арбитражного суда

88. Арбитражному суду следует предоставить право самому принимать решение по возражениям в отношении его юрисдикции. В частности, арбитражный орган должен иметь право определять наличие арбитражного соглашения и его действительность. Если соглашение заключено в виде арбитражной оговорки, то решение арбитражным судом вопроса "компетенция - компетенции" облегчается вследствие независимости этой оговорки, как это указывалось выше (пункт 58).

89. Остается определить еще один трудный вопрос, то есть является ли решение арбитражного суда о своей юрисдикции окончательным, или же это решение может быть пересмотрено судом. В поддержку мнения о необходимости контроля со стороны судов можно утверждать, что арбитры не должны являться последней инстанцией в решении вопроса своей компетентности, поскольку их юрисдикция представляет собой исключение из судебной юрисдикции. Если придерживаться такой концепции, хотя в международном контексте она может показаться менее убедительной, то можно предложить некоторое ограничение права требовать пересмотра такого решения в суде. Например, в статье 18(3) Единообразного закона, принятого в Страсбурге, предусматривается, что "решение арбитражной коллегии о своей компетентности рассматривать спор может быть обжаловано перед судебным органом лишь одновременно с обжалованием решения арбитра по основному вопросу и в том же порядке".

32/ См., например, статью 22(5), (6) Единообразного закона 1966 года, принятого в Страсбурге:

"5. Помимо постановляющей части решение должно содержать следующие данные: а) имена и постоянные адреса арбитров; б) имена и постоянные адреса сторон; с) предмет спора; д) дату вынесения решения; е) место арбитража и место вынесения решения.

6. В решении излагаются мотивы, по которым оно выносится".

5. Право, применимое к существу спора

90. В данном случае прежде всего следует решить, насколько арбитры обязаны соблюдать правовые нормы при решении спора. Предлагается в типовом законе призвать соглашение сторон о том, что арбитры выносят решение в качестве "дружеских посредников" (или "ex aequo et bono"). Представляется хотя и трудным, но целесообразным, определить такие полномочия, например, следующим образом: "Дружеские посредники" должны соблюдать императивные нормы права, в отношении которых в соответствующей стране считается, что они обеспечивают (международный) "общественный порядок". Учитывая торговый характер спора, можно добавить, что арбитры, независимо от того, выступают ли они в качестве "дружеских посредников" или нет, должны принимать решение в соответствии с условиями контракта, учитывая при этом соответствующие торговые обыкновения.

91. Типовой закон может также предоставлять арбитражному суду право определять право, применимое к спору, если стороны не договорились о применении определенного права. Что же касается механизма выбора права, то в типовом законе может признаваться не только выбор конкретного национального права, но и содержаться ссылка на какой-либо Единый закон или конвенцию, даже еще не вступивших в силу. Может быть также полезным, как указывалось выше (пункт 24), закрепить положение, устанавливающее, что выбор права данного государства означает прямую отсылку к материальному праву этого государства, а не к его коллизионным нормам.

6. Урегулирование споров

92. Когда стороны, как это часто случается в ходе арбитражного разбирательства, достигли полюбовного урегулирования своего спора, возникает вопрос о норме и правовом статусе такого урегулирования. Хотя национальное право и арбитражные нормы и дают различные ответы, приемлемым представляется такой подход, когда типовый закон разрешает арбитражному суду, но не обязывает его фиксировать такое улаживание в форме решения на согласованных условиях ("accord des parties"). Далее необходимо решить вопрос о режиме такого решения, т.е. следует ли предъявлять к нему те же требования, например, требования, касающиеся его регистрации, приведения в исполнение или любого действия, как и "обычному" решению, или же необходимо принять специальные положения.

7. Исправление и толкование арбитражного решения

93. Представляется целесообразным включить в типовый закон положение, позволяющее стороне в определенный срок просить арбитражный суд дать толкование решения или исправить определенные ошибки (см. например, статьи 35 и 36 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ). Такое положение, несмотря на ограниченность, тем не менее может помочь решению проблем, возникающих в связи с тем, что полномочия арбитражного суда заканчиваются принятием решения.

8. Гонорары и расходы

94. Положения, касающиеся расходов на арбитражное разбирательство, включая гонорары арбитров, обычно включаются в арбитражное соглашение в виде отсылки к тем типовым арбитражным нормам, которые содержат расчеты гонораров или процедуры определения соответствующих сумм. Представляется, что включение в типовой закон таких положений не имеет особой ценности. Следовало бы, пожалуй, специально упомянуть право требовать залога, что, учитывая международный контекст имеет практическое значение. Можно также разрешить арбитрам, при условии соблюдения правила, принятого сторонами, самим устанавливать свои гонорары, при этом можно было бы предусмотреть возможность пересмотра такого решения в суде.

9. Вручение сторонам арбитражного решения и его регистрация

95. Представляется очевидным, что арбитражное решение должно быть вручено сторонам; для этого можно было бы использовать копии, подписанные арбитром, или должным образом заверенные. Типовой закон должен требовать такого вручения или уведомления, поскольку это является одним из условий придания решению окончательного и обязательного характера, что, в свою очередь, является условием приведения его в исполнение.

96. Другое условие заключается в том, что в законодательстве значительного числа стран установлено, что арбитражное решение, обычно в виде удостоверительного оригинала, регистрируется или сдается на хранение в указанный суд или учреждение, причем в разных государствах эти функции выполняют различные учреждения. При этом следует решить вопрос о целесообразности требовать в типовом законе сдачи решения на хранение, хотя это требование и не содержится в законодательстве всех стран, а если и содержится, то весьма различно в отношении форм, процедуры и указания компетентного органа. Другим возможным доводом против такого требования является и тот факт, что сдача на хранение, если таковое устанавливается, необходима в основном для приведения в исполнение решения. В этой связи при обсуждении типового закона необходимо учитывать особые соображения.

10. Вступление в силу и приведение в исполнение арбитражного решения

97. В национальном праве повсеместно устанавливается, что арбитражное решение вступает в силу посредством "exequatur" (разрешение на приведение в исполнение), в связи с чем в каждом государстве по-разному определяются особенности процедуры и устанавливаются свои органы, издающие соответствующие приказы. При разработке соответствующих положений типового закона необходимо учитывать особый характер его сферы действия и его соотношение с Нью-Йоркской Конвенцией 1958 года. Если, например, в государстве испрашивается приведение в исполнение арбитражного решения, вынесенного

в государстве X (и в соответствии с его законодательством), то в государстве X нет необходимости в "экзекватуре" (и, тем самым, нет необходимости в сдаче арбитражного решения на хранение) в соответствии с Нью-Йоркской Конвенцией 1958 года, крупным достижением которой является отмена требования двойной экзекватуры. Если приведение в исполнение этого же решения испрашивается в стране его происхождения (в государстве X), то Нью-Йоркская Конвенция 1958 года применена быть не может, и в данном случае вопрос по-прежнему решается на основе типового закона.

98. Очевидно, что положения национального законодательства различных стран о приведении в исполнение отечественных решений могут явиться основой для разработки приемлемых норм для типового закона, который в дальнейшем возможно потребует сдачи арбитражного решения на хранение в качестве условия получения экзекватуры. Однако, возвращаясь к двум случаям, указанным в предыдущем пункте, предлагается другой подход. В обеих ситуациях следует, по возможности, применять одинаковый подход, и в этой связи в типовом законе следовало бы установить положения и процедуры, аналогичные тем, которые изложены в Нью-Йоркской Конвенции 1958 года в отношении приведения в исполнение "иностраных" арбитражных решений. Такой подход, который также следует применять ко всем средствам защиты (см. ниже, пункты I05-III), повысит степень унификации и, тем самым, облегчит решение вопросов в области, имеющей громадное практическое значение. Он также подчеркивает международный характер арбитражного разбирательства, подпадающего под действие типового закона, и четко отделяет такие споры от чисто внутренних.

99. Если будет принято решение об использовании указанного подхода, то положения Нью-Йоркской Конвенции 1958 года, в частности, статьи III и IV, будут определять характер разрабатываемых норм типового закона, касающихся приведения в исполнение арбитражных решений:

"Статья III

Каждое Договаривающееся Государство признает арбитражные решения так как обязательные и приводит их в исполнение в соответствии с процессуальными нормами той территории, где испрашивается признание и приведение в исполнение этих решений, на условиях, изложенных в нижеследующих статьях. К признанию и приведению в исполнение арбитражных решений, к которым применяется настоящая Конвенция, не должны применяться существенно более обременительные условия или более высокие пошлины или сборы, чем те, которые существуют для признания и приведения выполнения внутренних решений.

Статья IV

1. Для получения упомянутого в предшествующей статье признания и приведения в исполнение, сторона, испрашивающая признание и приведение в исполнение при подаче такой просьбы, представляет:

- а) должным образом заверенное подлинное арбитражное решение или должным образом заверенную копию такового;
- б) подлинное соглашение, упомянутое в статье II или должным образом заверенную копию такового.

2. Если арбитражное решение и соглашение изложено не на официальном языке той страны, где испрашивается признание и приведение в исполнение этого решения, сторона, которая просит о признании и приведении в исполнение этого решения, представляет перевод этих документов на такой язык. Перевод заверяется официальным или присяжным переводчиком или дипломатическим или консульским учреждением".

100. Ссылка в статье III на "процессуальные нормы той территории, где испрашивается признание и приведение в исполнение этих решений", показывает, что сама Конвенция не полностью регулирует эту процедуру. Следовательно, в типовой закон следовало бы включить некоторые процессуальные нормы. В целях удовлетворения требования, устанавливаемого в статье III относительно "бремени", возлагаемого на сторону, испрашивающую признания и приведения в исполнение, эти положения должны предусматривать максимально простую и легкую процедуру. Эти положения должны устанавливать компетентный орган и его процедуру, тогда как обязательства, возлагаемые на обращающуюся сторону, должны регулироваться аналогично статье IV. Учитывая требование, содержащееся в статье IV о том, что сторона, испрашивающая признание и исполнение, представляет должным образом заверенное подлинное арбитражное решение или должным образом заверенную копию такового, можно было бы истребовать сдачи арбитражного решения на хранение после его вынесения арбитражным судом. Таким путем можно было бы полностью достичь желаемого результата, поскольку на практике не имеет значения, будет ли признание и приведение в исполнение "международного" решения испрашиваться в стране его происхождения или где-либо в другом месте.

II. Публикование арбитражных решений

101. Вызывает сомнение целесообразность рассмотрения в типовом законе вопроса о публикации арбитражного решения. Хотя данный вопрос и является спорным, поскольку имеются разумные причины как за его опубликование, так и против, можно допустить решение этого вопроса соглашением сторон или на основании избранных ими арбитражных норм. Если, тем не менее, будет решено включить такое положение в типовой закон, то представляется целесообразным

принять приемлемое компромиссное решение о публикации арбитражного решения только при наличии ясно выраженного согласия сторон.

VI. Средства защиты

I. Возражение против арбитражного решения

102. Вопрос об оспоримости арбитражного решения связан с вопросом о времени приобретения арбитражным решением "силы *res judicata*", как это называется в статье 24 Единообразного закона 1966 г., принятого в Страсбурге, или получения обязательного для сторон характера, что является одним из условий возможности приведения в исполнение решения (см. статью У-1 в Нью-Йоркской Конвенции 1958 года). Что касается апелляции в любой арбитражный суд (второй инстанции), то ответ представляется спорным. Типовой закон должен признавать возможность такой апелляции, если это согласовано сторонами, как это широко применяется в арбитражных разбирательствах, предметом которых являются споры, связанные с товарами.

103. Однако ответ дать труднее, если речь идет о какой-либо апелляции в судебную инстанцию. В законодательстве некоторых стран допускается пересмотр судом дела по существу, по крайней мере, некоторых вопросов права. Однако, как показывает недавнее изменение, касающееся наиболее яркого примера, "специального судопроизводства" в соответствии с правом Соединенного Королевства 33/, отчетливо видна тенденция дальнейшего сокращения контрольной функции судов в международном контексте. Такой случай основан на тех же соображениях, что и тенденция ограничительного применения мотивов публичного характера, что является реализацией специфических особенностей международного торгового арбитража, в частности, его ограниченной связи с какой-либо конкретной национальной правовой системой.

104. Поэтому предлагается максимально ограничить контроль судов в отношении существа споров. Конечно, каждое государство стремится к тому, чтобы соблюдать определенные минимальные стандарты даже при международном арбитражном разбирательстве. Однако эти стандарты, составляющие часть международного публичного порядка, включая ограничения в отношении подведомственности предметов спора арбитражному разбирательству, не обязательно требуют установления какой-либо процедуры апелляции. Они могут, и как предлагается, должны, надлежащим образом учитываться в процедурах отмены арбитражных решений или, как предусматривается в статье У (2) Нью-Йоркской Конвенции 1958 года, в процедурах, касающихся признания и приведения в исполнение таких решений. Что касается концепции недопущения подачи апелляции в суд,

33/ Об упомянутых изменениях см. Schmitthoff, op. cit. (fn. 14), pp. 233-237.

то можно было бы предусмотреть соответствующее "соглашение, препятствующее" такому действию, заключаемое сторонами. Однако более четкого и эффективного исключения подачи апелляций в суды можно было бы достичь, прямо закрепив такое положение в типовом законе.

2. Меры, направленные против разрешения на приведение в исполнение (экзекватуры)

105. Что касается мер, направленных против разрешения на приведение в исполнение, то здесь применяются доводы, аналогичные тем, которые были изложены при рассмотрении вопроса о вступлении решения в силу и приведении его в исполнение (пункты 98-100). В частности, можно рекомендовать привести требования и процедуры, устанавливаемые типовым законом, в соответствие с положениями Нью-Йоркской Конвенции 1958 года. При этом следует стремиться к тому, чтобы на практике признание и приведение в исполнение могло быть успешно опротестовано стороной, и в нем было отказано на основаниях, по существу аналогичных друг другу независимо от того испрашивается ли приведение в исполнение в стране вынесения арбитражного решения или где-либо еще. Единственное различие, которое оправдано и которое является неотъемлемой чертой Нью-Йоркской Конвенции 1958 года, основывается на том факте, что причины, изложенные в пункте 2 статьи У, относятся к праву государства, в котором испрашивается приведение в исполнение, и, тем самым, оно может привести к различным результатам.

106. Если, во имя единообразия, будет принят такой "интернационалистский" подход, то причины, на которых меры, направленные против разрешения на приведение в исполнение, могут основываться по типовому закону, должны быть аналогичны изложенным в статье У Нью-Йоркской Конвенции 1958 года. Помимо норм, устанавливающих такие причины, в типовом законе следует урегулировать процедуру выдвижения какой-либо стороной возражений против разрешения на приведение в исполнение. По-видимому, будет предусматриваться обращение к тому же органу, который дает экзекватуру, возможно допуская при этом дальнейшее обращение (подачу апелляции) в вышестоящую инстанцию.

3. Отмена или аннулирование арбитражного решения (и аналогичные процедуры)

107. Проблемы, связанные с отменой или аннулированием арбитражных решений, относятся к числу наиболее трудно поддающихся улаживанию в типовом законе. Также предлагается разработать такие положения, которые оказывали решающее влияние на ценность типового закона, устанавливающего правовой режим, предназначенный исключительно для международного арбитражного разбирательства. Это особенно верно в отношении оснований, на которых может базироваться требование об отмене или аннулировании арбитражного решения. В некоторой степени это справедливо и в отношении процедур, устанавливаемых в отечественном законодательстве.

108. Разберем сначала менее сложную проблему, т.е. процедуру: в национальном законодательстве существуют самые разнообразные методы "оспаривания" арбитражного решения не только в целях его отмены или, иногда выдвигаемого в качестве отдельного требования, аннулирования, но также и в других целях, например, приостановления или повторного разбирательства 34/. Эти различия охватывают такие элементы процедурного характера как форма, сроки и компетентность органа. В целях единообразия, что облегчило бы международную практику на этапе после вынесения решения, следовало бы установить общеприемлемые процедуры, в частности, предусмотреть только один вид апелляции и ее рассмотрения, которые, вероятно, следует называть "процедурами отмены арбитражного решения".

109. Однако самое важное - это определить основания на которых может базироваться такое ходатайство об отмене решения. Национальное законодательство часто содержит довольно обширные и тщательно разработанные перечни причин, на которые может ссылаться неудовлетворенная сторона. И хотя часть таких причин можно легко исключить, ссылаясь на то, что они касаются сугубо внутренних случаев или же имеют минимальную практическую ценность, тем не менее будет нелегко согласовать те аргументы, которые предполагается включить в типовой закон. Однако предлагается приложить все усилия для ограничения числа таких причин до приемлемого уровня.

110. В идеальном случае следует стремиться к выработке такого перечня, который был бы более кратким, чем изложенный в Единообразном законе в 1966 году, принятом в Страсбурге 35/, и который содержал бы лишь те причины,

34/ Различные виды таких мер указываются в национальных докладах, опубликованных в главе VI, 5, ЕТА.

35/ Статья 25:

"1. Арбитражное решение может быть оспорено перед судебным органом только в порядке ходатайства об его отмене, и оно может быть отменено лишь в случаях, указанных в настоящей статье.

2. Арбитражное решение может быть отменено:
 - a) если оно противоречит публичному порядку;
 - b) если спор не подлежал разрешению в арбитражном порядке;
 - c) если нет юридически действительного арбитражного соглашения;
 - d) если арбитражная коллегия вышла за пределы своей компетенции или своих полномочий;
 - e) если арбитражная коллегия не вынесла решения по одному или более спорным вопросам, и при этом нерешенные вопросы не могут быть отделены от вопросов, по которым было вынесено решение;
 - f) если решение вынесено неправильно сформированной арбитражной коллегией;
 - g) если сторонам не была предоставлена возможность обосновать свои требования и изложить свою аргументацию, или если налицо нарушение какого-либо иного обязательного правила арбитражного производства, коль скоро такое нарушение оказало влияние на арбитражное решение;
 - h) если не выполнены формальности, предусмотренные в пункте 4 статьи 22;
 - i) если не изложены мотивы решения;
 - j) если решение содержит противоречивое положение. (см. продолж.)

по которым, в соответствии с Нью-Йоркской Конвенцией 1958 года, т.е. статьей У, I, а - d и 2, может быть отказано в признании и исполнении. Такой ограничительный подход, принятый в статье IX Европейской Конвенции 1961 года, в целях приведения в исполнение 36/, отвечал бы требованиям,

35/ (продолжение)

3. Решение может быть также отменено:

- a) если оно получено посредством обмана;
- b) если оно основано на доказательствах, которые объявлены ложными в судебном решении, имеющем силу *res judicata* или на доказательствах, признанных ложными;
- c) если после его вынесения будут обнаружены документы или иные доказательства, которые решающим образом повлияли бы на решение и которые были утаены в результате действий другой стороны.

4. Случаи, упомянутые в подпунктах с, d и f пункта 2 не будут считаться основанием для отмены решения, если сторона, ссылающаяся на предусмотренные в этих пунктах обстоятельства, знала об их существовании во время арбитражного производства и не выдвигала в связи с этим возражений в то время.

5. Основания для отвода и ограничения в праве выступать в качестве арбитра, предусмотренные статьями I2 и I4, не являются основаниями для отмены решения по смыслу подпункта f пункта 2 настоящей статьи, даже если о них становится известно лишь после вынесения решения".

36/ Статья IX

"I. Отмена арбитражного решения, попадающего под действие настоящей Конвенции в одном из государств-участников Конвенции, будет являться причиной отказа в признании или исполнении этого решения в других государствах-участниках настоящей Конвенции только при условии, что отмена арбитражного решения была произведена в Государстве, в котором или по закону которого это решение было вынесено, и лишь по одному из следующих оснований:

- a) стороны в арбитражном соглашении были, по применимому к ним закону, в какой-либо мере недееспособны или это соглашение было недействительно по закону, которому стороны его подчинились, а при отсутствии такого указания по закону страны, где решение было вынесено; или
- b) сторона, требующая отмены решения, не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве или по другим причинам не могла представить свои объяснения; или
- c) указанное решение было вынесено по спору, не предусмотренному или не подпадающему под условия арбитражного соглашения или арбитражной оговорки в договоре, или содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения или арбитражной оговорки в договоре, с тем, однако, что если постановления по вопросам, охватываемым арбитражным соглашением или оговоркой, могут быть отделены от тех, которые не охватываются таким соглашением или оговоркой, то та часть арбитражного решения, которая содержит постановление по вопросам, охватываемым арбитражным соглашением или арбитражной оговоркой в договоре, может не быть отменена;
- d) состав арбитражной коллегии или арбитражная процедура не соответствовали соглашению сторон или, при отсутствии такового, не соответствовали положениям статьи IV настоящей Конвенции.

2. В отношениях между государствами-участниками настоящей Конвенции, которые одновременно являются участниками Нью-Йоркской Конвенции 10 июня 1958 года о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, пункт I настоящей статьи ограничивает применение статьи У I е Нью-Йоркской Конвенции случаями, предусмотренными в пункте I статьи IX настоящей Конвенции".

содержащимся в основе соответствующего положения Международной торговой палаты, приводимого в "Списке вопросов для возможного включения в новую программу работы", рассмотренного Комиссией на ее одиннадцатой сессии 37/. Это помогло бы оградить международное арбитражное решение от воздействия местных особенностей права в тех случаях, когда предмет спора не имеет существенной связи с соответствующим государством.

III. Принятие данной рекомендации приведет к установлению полного соответствия между основаниями для отмены арбитражного решения и отказа в его признании и приведении в исполнение. Тем не менее процедура отмены не станет излишней, поскольку она позволяет стороне оспорить международное арбитражное решение в той стране, в которой или по законодательству которой оно было вынесено, независимо от того, испрашивается ли приведение его в исполнение другой стороной. В то же время соответствующее государство (в котором было вынесено решение) будет иметь возможность "контролировать" соблюдение арбитрами, действующими на ее территории, положений законодательства в той степени, в какой они обязательны для международных споров.

Заключение и предлагаемое направление деятельности

II2. В данном докладе не содержится подробного обсуждения всех вопросов и соображений, касающихся разработки типового закона. Вместе с тем предполагается, что он явится основой достаточной для принятия Комиссией решения о будущем направлении деятельности применительно к данному проекту. Можно отметить целесообразность разработки типового закона с международным торговым арбитраже, учитывая многочисленные проблемы, возникающие в текущей практике арбитражного разбирательства, а также проблемы, упомянутые выше, которые могут быть решены в таком общеприемлемом законе. Эта работа представляется также своевременной в связи с ростом количества международных арбитражных разбирательств и намерениями ряда государств принять соответствующее законодательство.

II3. На основе данного доклада Комиссия возможно пожелает обсудить общие проблемы и принципы, которые могли бы быть положены в основу типового закона. Комиссия возможно также пожелает обсудить вопросы, поставленные в настоящем докладе, и принять соответствующие рекомендации в отношении наиболее приемлемых путей их решения. До разработки первого проекта типового закона

37/ Доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее одиннадцатой сессии, Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, тридцать третья сессия, Дополнение № I7 (A/33/I7), пункт 4I, подпункт I, e iii (Ежегодник... 1978 год, часть первая, II, A).

представляется необходимым обменяться мнениями, что содействовало бы определению направления работы, в частности, в отношении сферы действия и возможного содержания типового закона.

II4. Учитывая сложность проблем и объем работы, необходимый для разработки проекта типового закона, Комиссия, возможно, пожелает возложить эту задачу на рабочую группу. В связи с бюджетными ограничениями было бы целесообразно возложить эту задачу на Рабочую группу по практике международных контрактов, которая уже завершила свою работу. Рабочая группа может использовать настоящий доклад в качестве своей повестки дня, возможно начав с работы над арбитражным соглашением, при этом ей следует руководствоваться указаниями Комиссии, сделанными на текущей сессии. Затем Рабочая группа при помощи Секретариата и в консультации с заинтересованными организациями могла бы подготовить проект положений для их представления Комиссии на одной из ее последующих сессий.