

В.Ж. Шайкенов,

магистр юриспруденции,
партнер и глава практики по разрешению
споров юридической фирмы «AEQUITAS»
(г. Алматы, Республика Казахстан),

А.Т. Идаятова,

бакалавр юриспруденции,
старший юрист практики по разрешению
споров юридической фирмы «AEQUITAS»
(г. Алматы, Республика Казахстан)

Проблема выбора права, применимого к арбитражному разбирательству и арбитражному соглашению, с точки зрения казахстанского законодательства

<https://doi.org/10.32875/icar.2018.1.123>

В настоящей статье формулируется коллизионная проблема выбора права, применимого к арбитражному разбирательству и арбитражному соглашению, с точки зрения казахстанского законодательства. Авторам представляется, что в первую очередь необходимо ответить на вопрос, правопорядки каких стран должны регулировать арбитражное разбирательство и арбитражное соглашение. Только после этого возможно установить, какие нормы казахстанского законодательства, в частности Закона Республики Казахстан от 8 апреля 2016 г. № 488-V «Об арбитраже» и ГПК Республики Казахстан, могут быть применимы к анализируемым отношениям. В статье предлагаются возможные решения коллизионных проблем, а также рассматриваются частные примеры того, как разрешенная коллизионная проблема позволяет установить возможность применения той или иной нормы казахстанского законодательства об арбитраже к отношениям, вытекающим из арбитражного спора.

Ключевые слова: арбитраж; коллизионное право; применимое право; арбитражное соглашение; место арбитражного разбирательства.

Библиографическое описание: Шайкенов В.Ж., Идаятова А.Т. Проблема выбора права, применимого к арбитражному разбирательству и арбитражному соглашению, с точки зрения казахстанского законодательства // Вестник международного коммерческого арбитража. 2018. № 1(16). С. 123–133. <https://doi.org/10.32875/icar.2018.1.123>

Valikhan Zh. Shaikenov,

LL.M., Partner and Head of the Dispute Resolution Practice at AEQUITAS Law Firm (Almaty, Republic of Kazakhstan),

Ardak T. Idayatova,

LL.B., Senior Associate of the Dispute Resolution Practice at AEQUITAS Law Firm (Almaty, Republic of Kazakhstan)

The Choice of Law Governing Arbitration Procedure and Arbitration Agreement in the Context of Kazakh Legislation

In this article, the authors reflect the problem of selecting the law applicable to arbitration proceedings and arbitration agreements from the viewpoint of Kazakh legislation. The authors believe that one should firstly answer the question “Which countries’ laws and rules should regulate arbitration proceedings and arbitration agreements?” Once this question is answered, one may establish the norms of Kazakh legislation, specifically, those of the Law of the Republic of Kazakhstan No. 488-V dated 8 April 2016 “On Arbitration” and the Civil Procedure Code of the Republic of Kazakhstan which are applicable to the relations in question. The article proposes possible solutions to the problem of conflict of law and considers specific examples of situations where the solution to such conflicts allows the application of certain norms of Kazakh arbitration legislation to the relationships arising out of an arbitration dispute.

Keywords: arbitration; conflict of laws; governing law; arbitration agreement; seat of arbitration.

Recommended citation: Valikhan Zh. Shaikenov & Ardak T. Idayatova, *Problema vybora prava, primenimogo k arbitrazhnomu razbiratel'stvu i arbitrazhnomu soglasheniyu, s tochki zreniya kazakhstanskogo zakonodatel'stva* [The Choice of Law Governing Arbitration Procedure and Arbitration Agreement in the Context of Kazakh Legislation], 2018(1) Int'l Com. Arb. Rev. 123. <https://doi.org/10.32875/icar.2018.1.123>

Проблемы судебной практики¹ и законодательного регулирования² существенно осложняют арбитражное разбирательство в Республике Казахстане (далее – РК). Поэтому, если

¹ См., например: Сулейменов М.К. Как судья по своему разумению законы трактовала (http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=33710017#pos=1;-263); Он же. Судейский беспредел продолжается (http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=34997409#pos=1;-154); Открытое письмо арбитражей в Верховный Суд Республики Казахстан и Министерство юстиции Республики Казахстан (8 августа 2016 года) (http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=34233934).

² См., например: Сулейменов М.К., Дуйсенова А.Е. Актуальные проблемы практики применения нового законодательства об арбитраже и пути его совершенствования (http://www.zakon.kz/4842020-aktualnye-problemy-praktiki-primeneniya.html?_utl_t=fb); Они же. Достоинства и недостатки нового Закона об арбитраже (<http://www.zakon.kz/4796696-dostoinstva-i-nedostatki-novogo-zakona.html>); Калдыбаев А.К. Ожидаемые неблагоприятные последствия нового закона «Об арбитраже» и пути их преодоления (<https://www.zakon.kz/4799693-ozhidaemye-neblagopriyatnye-posledstviya-novogo-zakona-Ob-arbitraze.html>).

позволяют обстоятельства, стороны предпочитают разрешать споры в странах, дружественных по отношению к арбитражу³.

Выбор места арбитражного разбирательства вовсе не логистический. В государствах, поощряющих развитие арбитража, суды⁴ и законодательство⁵, как правило, расценивают выбор места арбитражного разбирательства как выбор права, применимого к арбитражному разбирательству (хотя, конечно, право, применимое к арбитражному разбирательству, не всегда должно совпадать с выбранным местом разбирательства⁶). Таким образом, выбор места арбитражного разбирательства в практике ряда стран имеет юридический смысл. Терминологически юридическое место арбитражного разбирательства (*seat of arbitration*) противопоставляется физическому месту арбитражных слушаний (*venue of arbitration*).

Выбор места арбитражного разбирательства в этих странах означает решение *коллизии* вопроса о применимом к арбитражному разбирательству праве. Самостоятельно должен решаться вопрос о выборе права, применимого к арбитражному соглашению⁷.

1. Постановка коллизии вопроса

Выбирая место арбитражного разбирательства за рубежом, стороны стремятся исключить применение к последнему казахстанского права. Кроме того, они часто предполагают, что выбор, скажем, г. Лондона в качестве места арбитражного разбирательства означает, что и арбитражная оговорка будет регулироваться правом Англии.

Хотя это и очевидно с точки зрения английского права, правильность такого предположения однозначно не следует из казахстанского законодательства — ни из Закона РК от 8 апреля 2016 г. № 488-V «Об арбитраже»⁸ (далее — Закон об арбитраже), ни из ГК РК⁹, ни из ГПК РК¹⁰.

Внутренние противоречия казахстанского законодательства, разноречивая судебная практика и существенные отклонения от сложившихся в развитом мире общепринятых

³ По результатам опроса, проведенного в 2015 г. Школой международного арбитража при Колледже королевы Марии Лондонского университета совместно с юридической фирмой «White & Case» (2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration (http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2015_International_Arbitration_Survey.pdf). P. 12), среди наиболее популярных мест рассмотрения арбитражных споров Лондон, Париж, Гонконг, Сингапур, Женева, Нью-Йорк и Стокгольм.

⁴ «The choice of the applicable procedural law normally results from the selection of the place (the seat) of the arbitration» (*RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation*, Decision of the Supreme Court of Sweden, Case No. Ö 2301-09, ¶ 2 (12 November 2010) (<https://www.arbitration.sccinstitute.com/views/pages/getfile.ashx?portalId=89&docId=952269&propId=1578>)).

⁵ См., например, ст. 3 английского Закона об арбитраже 1996 г. (<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/section/3>), ст. 47 шведского Закона об арбитраже 1999 г. (<https://sccinstitute.com/media/37089/the-swedish-arbitration-act.pdf>).

⁶ *Fouchard Ph., Gaillard E., Goldman B.* Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration / E. Gaillard, J. Savage (eds.). Kluwer Law International, 1999. P. 635 (para. 1178).

⁷ *Fouchard Ph., Gaillard E., Goldman B.* Op. cit. P. 221 (para. 424).

⁸ https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=35110250#pos=3;-274

⁹ Гражданский кодекс Республики Казахстан от 1 июля 1999 г. № 409-І (Особенная часть) (https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1013880#pos=5;-274).

¹⁰ Кодекс Республики Казахстан от 31 октября 2015 г. № 377-V «Гражданский процессуальный кодекс Республики Казахстан» (https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=34329053).

стандартов коммерческого арбитража могут привести к тому, что сделанный сторонами выбор места арбитража за рубежом может в глазах казахстанского суда не означать выбора иностранного права в качестве применимого к иностранному разбирательству. Это, в свою очередь, делает возможным применение судом казахстанского права к арбитражному разбирательству и арбитражному соглашению.

В качестве самостоятельного последствия может оказаться затруднительным или вовсе невозможным исполнение иностранного арбитражного решения, вынесенного в противоречии с требованиями казахстанского законодательства об арбитраже (хотя сторонам казалось, что казахстанское законодательство не должно применяться к их арбитражному спору, арбитражной оговорке и вынесенному решению).

В Преамбуле Закона об арбитраже определяется сфера его действия в пространстве. В то время как эта норма позволяет исключить применение данного конкретного Закона в определенных случаях (о чем будет сказано далее), она не решает первичного — *коллизийного* — вопроса, а именно вопроса о выборе применимого к арбитражному разбирательству и арбитражному соглашению права. Это приобретает особое значение в свете «попыток» ГПК РК регулировать некоторые отношения, вытекающие из арбитражного соглашения (о чем тоже будет сказано далее).

Согласно Преамбуле Закона об арбитраже, он «регулирует общественные отношения, возникающие *в процессе деятельности арбитража на территории Республики Казахстан*, а также порядок и условия признания и приведения в исполнение в Казахстане арбитражных решений» (курсив наш. — *В.Ш., А.И.*).

При этом под «арбитражем» понимается «арбитраж, образованный специально для рассмотрения конкретного спора, или постоянно действующий арбитраж» (п. 3 ст. 2 Закона об арбитраже). О концептуальной ошибке в определении понятия «арбитраж» уже говорилось в литературе¹¹. В результате такой ошибки термин «арбитраж» вместо метода урегулирования спора, самой процедуры его рассмотрения связывается сразу с двумя функционально разными понятиями: (i) арбитражным учреждением, в функции которого должно входить только содействие в администрировании спора; (ii) арбитражным трибуналом, рассматривающим спор.

Таким образом, буквальное прочтение Преамбулы Закона об арбитраже может предполагать два возможных толкования (без учета признания и приведения в исполнение в Казахстане арбитражных решений):

- 1) Закон об арбитраже применяется к отношениям, возникающим в процессе деятельности арбитражного учреждения на территории Казахстана;
- 2) Закон об арбитраже применяется к отношениям, возникающим в процессе деятельности арбитражного трибунала на территории Казахстана.

Если придерживаться второго толкования, основываясь на ошибке, допущенной в определении понятия «арбитраж», то при отсутствии доктринального толкования существующая формулировка может означать применение Закона об арбитраже к работе арбитражного трибунала, физически заседающего в Казахстане.

Проблема, однако, глубже — глубже, чем просто решение вопроса о применимости или неприменимости к арбитражному разбирательству или арбитражному соглашению Закона об арбитраже¹². Она носит коллизийный характер и заключается в применимо-

¹¹ См., например: Сулейменов М.К., Дуйсенова А.Е. Актуальные проблемы практики применения нового законодательства об арбитраже и пути его совершенствования.

¹² Тукулов Б.А. Новый Закон Республики Казахстан «Об арбитраже»: Внимание некоторым проблемным моментам (<https://www.zakon.kz/4795629-novyyj-zakon-respubliki-kazakhstan-ob.html>).

сти к арбитражному разбирательству и арбитражному соглашению *правопорядка конкретной страны в целом*.

Закон об арбитраже мог бы помочь в решении этой коллизионной проблемы, если бы указывал на то, что ссылка на место арбитражного разбирательства означает выбор страны, право которой применяется к арбитражному разбирательству и арбитражному соглашению. Однако не всегда коллизионный вопрос может и должен решаться в законе, регулирующем деятельность арбитража в соответствующей стране (хотя бы в силу того, что, как правило, закон об арбитраже применяется к арбитражным разбирательствам, имеющим место в соответствующей стране, т.е. его применение является следствием уже сделанного коллизионного выбора).

Например, Типовой закон ЮНСИТРАЛ¹³, приведение в соответствие с которым декларировалось в качестве одной из задач принятия Закона об арбитраже¹⁴, тоже не решает коллизионный вопрос, а только вопрос применения к арбитражному разбирательству отдельно взятого закона.

В ст. 1(2) «Сфера применения» Типового закона ЮНСИТРАЛ сказано, что национальный закон об арбитраже должен применяться только в том случае, «если *место* арбитража находится в данном государстве» (курсив наш. — *В.Ш., А.И.*) (за исключением ряда положений, применимых к иностранному арбитражу в части принятия обеспечительных мер, исполнения иностранных арбитражных решений и др.). При этом ст. 20(1) Типового закона так и не дает ответа на коллизионный вопрос о применимом к арбитражному разбирательству и арбитражному соглашению праве, лишь устанавливая, что «[с]тороны могут по своему усмотрению договориться о месте арбитража. В отсутствие такой договоренности место арбитража определяется арбитражным судом с учетом обстоятельств дела, включая фактор удобства для сторон»¹⁵.

2. Решение коллизионного вопроса в дружественных по отношению к арбитражу странах

Большинство государств — участников Нью-Йоркской конвенции¹⁶ относятся к выбору места арбитража как к правовой концепции (а не просто географическому выбору места слушаний). Суть данной концепции сводится к тому, что стороны, избирая место проведения арбитража и указывая его в арбитражной оговорке, тем самым договаривают-

¹³ Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже. 1985 год. С изменениями, принятыми в 2006 году. Вена: ООН, 2008 (доступно в Интернете по адресу: http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/ml-arb/07-87000_Ebook.pdf).

¹⁴ См.: Концепция проекта Закона Республики Казахстан «О коммерческом арбитраже» от 13 ноября 2014 г. исх. № 8-3-340 (http://www.adilet.gov.kz/sites/default/files/konceptciya_osn_arbitrazh_6.11.14.doc).

¹⁵ Из пояснительной записки Секретариата ЮНСИТРАЛ к Типовому закону ЮНСИТРАЛ видно, что разработчики не ставили перед собой задачу рекомендовать какой-либо конкретный способ разрешения коллизионного вопроса, предполагая, что каждый суверен решает этот вопрос по-своему: «В большинстве правовых систем место арбитража используется как исключительный критерий для определения применимости национального права, и опыт показывает, что если национальные законы разрешают сторонам выбирать процессуальный закон не того государства, где происходит арбитражное разбирательство, то на практике стороны редко пользуются такой возможностью» (Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже. 1985 год. С изменениями, принятыми в 2006 году. С. 26–27).

¹⁶ Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 10 июня 1958 г.) (далее — Нью-Йоркская конвенция).

ся о *lex loci arbitri* – праве, применимом к арбитражному разбирательству. Если стороны указали в качестве места проведения арбитража г. Лондон, то к их арбитражному разбирательству – в соответствии с широко распространенным толкованием Нью-Йоркской конвенции – будет применим национальный Закон Англии об арбитраже.

Данный принцип изначально был сформулирован в Женевском протоколе¹⁷, в ст. 2 которого указывалось, что «[а]рбитражная процедура, включая формирование арбитражного суда, определяется волей сторон и *законом того государства, на территории которого арбитраж имеет место*» (курсив наш. – В.Ш., А.И.). Несмотря на все недостатки Женевского протокола¹⁸, впоследствии принятые Нью-Йоркская и Европейская¹⁹ конвенции уже не содержали столь ясно выраженного коллизионного правила выбора права, применимого к арбитражному разбирательству.

Тем не менее аналогичное правило государственных суды стран – участниц Нью-Йоркской конвенции вывели путем расширительного толкования из норм ст. V(1)(a) и (d) Нью-Йоркской конвенции, которые очевидно не предполагались для решения коллизионного вопроса²⁰:

«1. В признании и приведении в исполнение арбитражного решения 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 2, были по применимому 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, или*

<...>

д) состав арбитражного органа или арбитражный процесс не соответствовали соглашению сторон или, при отсутствии такового, *не соответствовали закону той страны, где имел место арбитраж...*» (курсив наш. – В.Ш., А.И.).

Европейская конвенция, не вступая в противоречие с Нью-Йоркской конвенцией, в ст. VI(2) формулирует еще более четкое правило:

«При вынесении решения по вопросу о наличии или действительности указанного арбитражного соглашения государственные суды Договаривающихся Государств, в которых поднят этот вопрос, должны будут руководствоваться, если вопрос касается правоспособности сторон, законом, который к ним применяется, а по другим вопросам:

а) законом, которому стороны подчинили арбитражное соглашение;

¹⁷ Протокол об арбитражных оговорках (Женева, 24 сентября 1923 г.) (далее – Женевский протокол).

¹⁸ Совместно с Конвенцией об исполнении иностранных арбитражных решений (Женева, 26 сентября 1927 г.), утратившей силу в связи с принятием Нью-Йоркской конвенции.

¹⁹ Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже (Женева, 21 апреля 1961 г.) (далее – Европейская конвенция).

²⁰ *Born G.B. International Arbitration: Law and Practice. 2nd ed. Kluwer Law International, 2015. Para. 2.06; Карабельников Б.Р. Международный коммерческий арбитраж: Учебник. 2-е изд., перераб. и доп. М.: МВШСЭН, 2013. С. 117 (доступно в Интернете по адресу: <http://arbitrations.ru/userfiles/file/Publications/Publications/Karabelnikov%20Mezhdunarodny%20arbitrazh.pdf>).*

б) при отсутствии указаний на этот счет — *законом страны, в которой должно быть вынесено решение;*

с) при отсутствии указаний на закон, которому стороны подчинили арбитражное соглашение, и если в тот момент, когда этот вопрос представлен на разрешение государственного суда, невозможно установить, в какой стране должно быть вынесено арбитражное решение, — *законом, применимым в силу коллизионной нормы государственного суда, в котором возбуждено дело*

<...>» (курсив наш. — В.Ш., А.И.).

Некоторые суды выводили коллизионное правило *lex arbitri* из схожих норм, содержащихся в законах об арбитраже их стран, заимствованных из ст. 34(2)(a)(i) и 36(1)(a)(i) Типового закона ЮНСИТРАЛ²¹.

3. Почему такое решение коллизионного вопроса неприемлемо в Казахстане

По этому пути могли бы пойти и казахстанские суды, если бы не следующие препятствия, вытекающие из Закона об арбитраже, ГПК РК и статуса Нью-Йоркской и Европейской конвенций.

Казахстан присоединился к Нью-Йоркской²² и Европейской²³ конвенциям указами Президента РК, не имеющими силы закона²⁴. Поэтому данные конвенции, хотя и являются частью действующего права РК, не имеют статуса ратифицированных международных договоров и, соответственно, не имеют приоритет перед законами РК²⁵.

В то же время подп. 1 п. 1 ст. 57 Закона об арбитраже и п. 1 ч. 1 ст. 255 ГПК РК содержат нормы, регулирующие, как и ст. V Нью-Йоркской конвенции, основания для отказа в признании и приведении в исполнение арбитражного решения. Однако если Нью-Йоркская и Европейская конвенции в отсутствие выбора применимого к арбитражному соглашению права позволяют оценивать наличие и действительность арбитражного соглашения по праву страны, где было вынесено решение, то указанные нормы Закона об

²¹ *Born G.B. Op. cit. Para. 2.06.*

²² Указ Президента РК от 4 октября 1995 г. № 2485 «О присоединении Республики Казахстан к Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 года».

²³ Указ Президента РК от 4 октября 1995 г. № 2484 «О присоединении Республики Казахстан к Европейской Конвенции о внешнеторговом арбитраже 1961 года».

²⁴ На момент принятия данных указов по причине отсутствия высшего представительного органа действовал Закон РК от 10 декабря 1993 г. № 2576-XII «О временном делегировании Президенту Республики Казахстан и главам местных администраций дополнительных полномочий», наделявший Президента РК правом принимать указы, имеющие силу закона, и в частности ратифицировать и денонсировать международные договоры. Некоторые казахстанские юристы высказывали мнение о том, что указы президента о присоединении к Нью-Йоркской и Европейской конвенциям следует толковать как имеющие силу закона, поскольку у Президента РК как представителя исполнительной ветви власти не было полномочий присоединять Республику к международным договорам. Нам этот вывод представляется ошибочным, поскольку Президент РК в силу Конституции РК 1995 г. (п. 11 ст. 44), а также Венской конвенции о праве международных договоров (Вена, 23 мая 1969 г.) (ст. 7(2)(a)) имел полномочия представлять государство в международных отношениях и заключать от имени Республики международные договоры в своем статусе главы государства, а не только как субъект, временно осуществляющий функции высшего представительного органа. Поэтому, приняв указ, не имеющий силы закона, Президент, очевидно, реализовал свое полномочие главы государства, а не высшего представительного органа.

²⁵ Пункт 3 ст. 4 Конституции РК.

арбитраже и ГПК РК в аналогичной ситуации позволяют казахстанскому суду отказать в признании иностранного арбитражного решения, если арбитражное соглашение недействительно *по законам Республики Казахстан*.

Учитывая, что Закон об арбитраже и ГПК РК имеют приоритет перед Нью-Йоркской и Европейской конвенциями, если казахстанские суды и будут выводить коллизионное правило из норм о признании и приведении в исполнение арбитражных решений, то они будут вынуждены руководствоваться подп. 1 п. 1 ст. 57 Закона об арбитраже и п. 1 ч. 1 ст. 255 ГПК РК, а не указанными конвенциями. Это, в свою очередь, должно привести суды к выводу о применении к арбитражным соглашениям, в которых стороны не оговорили применимое право, права Республики Казахстан (т.е. *lex fori*), даже если стороны указали в арбитражном соглашении место разбирательства за рубежом и в соответствии с таким выбором сторон арбитраж уже был сформирован по иностранному праву и вынес решение. Подобное толкование привело бы к очевидному нарушению воли сторон и лишило бы выигравшую сторону того, на что та была вправе рассчитывать при заключении арбитражного соглашения, — не говоря уже о том, что применение к арбитражному соглашению национального закона страны суда (*lex fori*), а не *lex arbitri* принципиально расходится с общепринятыми стандартами международного коммерческого арбитража в развитом мире.

4. Возможное решение коллизионного вопроса с точки зрения казахстанского права

При действующем регулировании арбитража (которое, несомненно, нуждается в коренной реформе), пожалуй, единственным разумным решением коллизионной проблемы был бы отказ от использования ст. 57 Закона об арбитраже и ст. 255 ГПК РК в целях выведения коллизионного правила. Для этого имеются весьма сильные аргументы.

Логика, используемая судами зарубежных стран для формулирования коллизионного правила исходя из ст. V Нью-Йоркской конвенции, небезупречна, учитывая, что данная норма носит исключительно процессуальный характер (устанавливает основания для отказа в выдаче исполнительного листа) и не регулирует материально-правовые отношения (в частности, действительность арбитражного соглашения, законность арбитражного разбирательства и т.д.).

В то же время, если исходить из гражданско-правовой природы арбитража, разумно разрешение коллизионного вопроса о праве, применимом к арбитражному разбирательству или арбитражному соглашению, в разделе о международном частном праве ГК РК. По этому пути пошли, например, французские суды²⁶.

Статья 1113 ГК РК предлагает правила для определения права, применяемого к договору при отсутствии соглашения сторон. Поскольку арбитражное соглашение не относится ни к одному из договоров, перечисленных в п. 1–3 ст. 1113 ГК РК, поскольку исполнение арбитражного соглашения не одной, а всеми его сторонами имеет решающее значение для содержания договора (п. 4 указанной статьи), то разумно к арбитражному соглашению применить право страны, с которой договор *наиболее тесно связан*, как это предлагается в п. 4 ст. 1113 ГК РК. Ссылку на место арбитражного разбирательства вполне можно расценивать как достаточную коллизионную привязку для определения наиболее тесной связи с правом соответствующей страны. Иными словами, руководствуясь п. 4 ст. 1113 ГК РК,

²⁶ Fouchard Ph., Gaillard E., Goldman B. Op. cit. P. 221 (para. 424).

можно сделать вывод, что стороны, указав место арбитражного разбирательства, сделали коллизионный выбор в пользу права страны, где арбитраж должен иметь место.

Таким образом, в использовании ст. 255 ГПК РК для выведения коллизионного правила нет необходимости, поскольку соответствующая коллизия может быть разрешена средствами гражданского права, включая международное частное право и само арбитражное соглашение. Только если бы ее решение не могло быть найдено в гражданском праве, в качестве крайней меры следовало бы обратиться к ст. 57 Закона об арбитраже и ст. 255 ГПК РК.

5. Последствия решения коллизионной проблемы

Решение коллизионной проблемы в отношении права, применимого к арбитражному разбирательству и арбитражному соглашению, далее позволяет нам анализировать каждую спорную норму казахстанского законодательства на предмет ее применимости к отношениям, вытекающим из арбитражного спора. Рассмотрим несколько практически значимых примеров.

5.1. Отказ в выдаче исполнительного листа в связи с нарушением арбитражной процедуры

Согласно п. 1 ч. 1 ст. 255 ГПК РК суд выносит определение об отказе в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение арбитражного решения, если сторона, против которой было принято арбитражное решение, представит в суд доказательства того, что состав арбитража или арбитражная процедура разбирательства не соответствовали требованиям закона.

До решения коллизионного вопроса было бы неясно, о применении какого закона идет речь. Указание места арбитражного разбирательства в оговорке позволяет нам применить к арбитражной процедуре *lex arbitri*. Это означает, что при рассмотрении арбитражного спора за рубежом сторона, против которой было вынесено решение, будет не вправе ссылаться на несоответствие арбитражной процедуры казахстанскому законодательству в порядке п. 1 ч. 1 ст. 255 ГПК РК.

Такую же позицию следует отстаивать и в отношении вопроса об отказе в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения на том основании, что арбитражное соглашение не соответствует праву РК. Как обосновывалось выше, только ограничительное толкование п. 1 ч. 1 ст. 255 ГПК РК позволяет при существующем регулировании обеспечить законные интересы сторон арбитражной оговорки и достичь правового результата.

5.2. Сфера действия Закона об арбитраже

Преамбула Закона об арбитраже не дает ясного представления о сфере его действия. Что следует понимать под «деятельностью арбитража на территории Республики Казахстан»? Идет ли речь об арбитражном разбирательстве, подчиненном казахстанскому праву? Или арбитражном соглашении, регулируемом правом РК? Или физическом месте арбитражных слушаний? Рассмотрим несколько примеров, когда ответы на эти вопросы имеют значение для решения вопроса о применимости Закона об арбитраже.

5.2.1. Разрешительный порядок заключения арбитражных оговорок определенными категориями субъектов

Например, п. 10 ст. 8 Закона об арбитраже устанавливает разрешительный порядок заключения арбитражного соглашения государственными органами, государственными

предприятиями, а также юридическими лицами, 50 и более процентов голосующих акций (долей участия в уставном капитале) которых прямо или косвенно принадлежат государству, т.е., иными словами, ограничивает гражданскую правоспособность юридического лица.

Если предположить, что арбитражное соглашение регулируется иностранным правом, означает ли это, что перечисленные субъекты могут свободно заключать арбитражные соглашения? Ответ на данный вопрос, скорее всего, должен быть отрицательным, учитывая жесткую коллизионную привязку в отношении гражданской правоспособности юридического лица: она определяется правом страны, где это юридическое лицо учреждено (ст. 1100 и п. 1 ст. 1101 ГК РК). Вряд ли законодатель имел в виду установить разрешительный порядок заключения арбитражных оговорок только для случаев, когда арбитражные разбирательства и арбитражные соглашения регулируются правом Казахстана. Такой порядок, скорее всего, предполагался для всякого исключения компетенции государственных судов — а это происходит независимо от того, каким правом регулируется арбитражное соглашение.

5.2.2. Арбитрабельность споров

Пункт 8 ст. 8 Закона об арбитраже определяет в качестве не подведомственных арбитражу определенные категории споров (например, те, по которым затрагиваются интересы несовершеннолетних лиц, споры о реабилитации и банкротстве, между субъектами естественных монополий и их потребителями и др.).

Из ст. V(2)(а) Нью-Йоркской конвенции в судебной практике иностранных государств выводят жесткую коллизионную привязку, «согласно которой при решении вопроса о признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения вопрос об арбитрабельности предмета спора всегда подчинен *lex fori* (национальному закону страны суда) и не зависит от *lex arbitri*, которому была подчинена арбитражная оговорка»²⁷. Руководствуясь этой логикой, казахстанский суд может отказать в выдаче исполнительного листа на иностранное арбитражное решение вследствие неподведомственности спора арбитражу с точки зрения казахстанского права, хотя арбитражное разбирательство и арбитражное соглашение регулировались иностранным правом, — тем более что такое основание предусмотрено также п. 1 ч. 1 ст. 255 ГПК РК.

5.2.3. Односторонний отказ от арбитражного соглашения

Хотя п. 5 ст. 9 Закона об арбитраже об одностороннем отказе от арбитражного соглашения был исключен²⁸, он сохраняет актуальность для случаев, когда одна из сторон приняла попытку отказаться от арбитражной оговорки в период действия этой нормы. Здесь вопрос решается просто: если арбитражное соглашение регулируется иностранным правом, то данная норма не должна применяться, поскольку право, применяемое к договору, в силу подп. 5 п. 1 ст. 1115 ГК охватывает прекращение договора.

Приведенные примеры демонстрируют необходимость разрешения вопроса о выборе права, применимого к арбитражному соглашению и арбитражной процедуре. И даже если

²⁷ Карабельников Б.Р. Указ. соч. С. 138–139.

²⁸ Закон РК от 27 февраля 2017 г. № 49-VI «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования гражданского, банковского законодательства и улучшения условий для предпринимательской деятельности».

читатель не согласен с предложенным в данной статье разрешением конкретной коллизии, нам представляется, что постановка коллизийной проблемы может иметь практическую и теоретическую ценность.

References

Born, Gary B. *International Arbitration: Law and Practice* para. 2.06 (2nd ed., Kluwer Law International 2015).

Fouchard, Philippe, et al. *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration* para. 424, at 221, para. 1178, at 635 (Emmanuel Gaillard & John Savage, eds.) (Kluwer Law International 1999).

Karabelnikov, Boris R. *Mezhdunarodnyy kommercheskiy arbitrazh* [International Commercial Arbitration]: Textbook 117, 138–39 (2nd ed., Moscow School of Social and Economic Sciences 2013), available at <<http://arbitrations.ru/userfiles/file/Publications/Publications/Karabelnikov%20Mezhdunarodny%20arbitrazh.pdf>> (accessed Aug. 17, 2018).

Information about the authors

Valikhan Zh. Shaikenov (Almaty, Kazakhstan) – LL.M., Partner and Head of the Dispute Resolution Practice at *AEQUITAS* Law Firm (47 Abai Av., Office 2, Almaty, 050000, Kazakhstan; e-mail: v.shaikenov@aequitas.kz).

Ardak T. Idayatova (Almaty, Kazakhstan) – LL.B., Senior Associate of the Dispute Resolution Practice at *AEQUITAS* Law Firm (47 Abai Av., Office 2, Almaty, 050000, Kazakhstan; e-mail: a.idayatova@aequitas.kz).