

**Майдан Сулейменов**

**ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО  
РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН:**

**ОПЫТ ТЕОРЕТИЧЕСКОГО  
ИССЛЕДОВАНИЯ**

**Том 6**

**Часть третья  
ПРАКТИЧЕСКАЯ**

**Раздел 6  
Международное частное право  
и процессуальное право**

Алматы  
2021

**УДК 347 (574)**  
**ББК 67.404 (5 Каз)**  
**С 89**

**Сулейменов М.К.**  
**С 89** **Гражданское право Республики Казахстан: опыт теоретического исследования:** Монография в 6 томах. Том 6 / М.К. Сулейменов. Часть третья. Практическая. Раздел 6. Международное частное право и процессуальное право. – Алматы: Казахстанский Международный Арбитраж, 2021. – 312 с.

ISBN 978-601-275-634-0

Т. 6-2021-312 с.

ISBN 978-601-80855-2-9

Томы 4–6 монографии являются продолжением первых трех томов, опубликованных в 2016 году к 75-летию автора. Эти тома автор подготовил к своему 80-летию. Таким образом, завершен многолетний труд, которым автор подводит итоги своей 60-летней работы по исследованию проблем гражданского права – самой сложной и самой великой науки юриспруденции.

В 6-м томе исследуются отдельные проблемы международного частного права, в частности: понятие международного частного права, международное семейное право, международное частное трудовое право, проблемы частного процессуального права, проблемы гражданского процессуального права, в частности, судебное извещение, государственная пошлина и доступность правосудия, определение критериев оценки качества судебных решений в Казахстане и за рубежом, инвестиционные споры, практикоориентированное обучение.

Предназначен для научных работников, преподавателей, магистрантов и студентов юридических высших учебных заведений, судей, адвокатов, юридических консультантов и других практических работников, а также для всех интересующихся проблемами гражданского права.

**УДК 347 (574)**

**ББК 67.404 (5 Каз)**

ISBN 978-601-80855-2-9 (т. 6)  
ISBN 978-601-275-634-0 (общ.)

© Сулейменов М.К., 2021  
© Казахстанский Международный Арбитраж, 2021

## **ОГЛАВЛЕНИЕ ОБЩЕЕ**

### **Том 1**

#### **Часть первая. ИСТОРИЧЕСКАЯ**

Предисловие общее

Вводные положения

Глава 1. Начальный этап становления гражданского законодательства

Глава 2. Этап резкого ускорения экономической и правовой реформы

Глава 3. Этап экономической и правовой стабилизации

Глава 4. Этап экономического кризиса и стагнации

### **Том 2**

#### **Часть вторая. ТЕОРЕТИЧЕСКАЯ**

##### **Раздел 1. ОБЩИЕ ПРОБЛЕМЫ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА**

###### **Подраздел I. Право, законодательство, правовая наука**

Глава 1. Право

Глава 2. Законодательство

Глава 3. Предмет и метод правового регулирования

Глава 4. Правовая наука

###### **Подраздел II. Право как система**

Глава 5. Система права

Глава 6. Главная структура права

Глава 7. Публично-правовые отрасли права

Глава 8. Частноправовые отрасли права

Глава 9. Вторичная структура (комплексные отрасли) права

Глава 10. Институт права (правовой институт в системе права)

###### **Подраздел III. Факты и презумпции в гражданском праве**

Глава 11. Юридические факты в гражданском праве

Глава 12. Недействительные сделки в гражданском праве

Глава 13. Договор как юридический факт

Глава 14. Добросовестность, разумность и справедливость как наиболее важные презумпции в гражданском праве

## **Том 3**

### **Часть вторая. ТЕОРЕТИЧЕСКАЯ**

#### **Раздел 2. ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВООТНОШЕНИЕ**

##### **Подраздел IV. Гражданское правоотношение: основные элементы**

- Глава 15. Субъективные гражданские права и субъективные гражданские обязанности как содержание гражданского права
- Глава 16. Понятие и виды субъектов гражданских прав
- Глава 17. Государство как субъект гражданского права
- Глава 18. Субъекты международного частного права
- Глава 19. Объекты гражданских прав

##### **Подраздел V. Гражданское правоотношение: защита гражданских прав**

- Глава 20. Понятие и способы защиты гражданских прав
- Глава 21. Ответственность как основной вид защиты гражданских прав
- Глава 22. Оперативные санкции как вид защиты гражданских прав

##### **Подраздел VI. Виды гражданских правоотношений**

- Глава 23. Вещные правоотношения
- Глава 24. Обязательственные правоотношения
- Глава 25. Корпоративные правоотношения

## **Том 4**

### **Часть вторая. ТЕОРЕТИЧЕСКАЯ**

#### **Раздел 3. ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО В СОВРЕМЕННОМ МИРЕ: ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ И ОТДЕЛЬНЫЕ ИНСТИТУТЫ**

##### **Подраздел VII. Гражданское право в современном мире: общие положения**

- Глава 26. Влияние гражданского права на развитие национального права
- Глава 27. Верховенство права: идея и реальность
- Глава 28. Имплементация иностранного гражданского права в национальное законодательство
- Глава 29. Перспективы внедрения судебного прецедента в правовую систему Казахстана

## **Подраздел VIII. Гражданское право в современном мире: отдельные институты**

- Глава 30. Применение норм гражданского законодательства
- Глава 31. Толкование норм гражданского законодательства
- Глава 32. Применение и толкование договора
- Глава 33. Право требования как объект гражданских прав (на примере правового положения Национального фонда Республики Казахстан) – в соавторстве с К.В. Мукашевой
- Глава 34. Неимущественные права
- Глава 35. Исковая давность в законодательстве постсоветских стран: мифы и реальность
- Глава 36. Товарищество с ограниченной ответственностью: переход права на долю при ее продаже
- Глава 37. Преддоговорные отношения
- Глава 38. Специальные договорные конструкции (общие договоры)
- Глава 39. Банковские договоры (прозрачность для клиентов и третьих лиц) – в соавторстве с Е.Б. Осиповым
- Глава 40. Внедоговорные обязательства

### **Том 5**

## **Часть третья. ПРАКТИЧЕСКАЯ**

### **Раздел 4. ЦИФРОВИЗАЦИЯ И ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО**

- Глава 41. Пятый этап развития гражданского законодательства: этап четвертой промышленной революции
- Глава 42. Цифровизация. Технологический аспект
- Глава 43. Цифровое право как отрасль права
- Глава 44. Гражданско-правовые проблемы цифровизации

### **Раздел 5. ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСТВО, ИНВЕСТИЦИИ И НЕДРОПОЛЬЗОВАНИЕ**

## **Подраздел IX. Гражданское право и предпринимательство**

- Глава 45. Вопросы теории
- Глава 46. Хозяйственный (Предпринимательский) кодекс: улучшение правовой системы или ее развал?
- Глава 47. Проект Предпринимательского кодекса Республики Казахстан: кодекс или закон?

## **Подраздел X. Гражданское право и инвестиции**

- Глава 48. Становление и развитие законодательства Республики Казахстан об инвестициях: теоретический аспект
- Глава 49. Становление и развитие законодательства Республики Казахстан об инвестициях: практический аспект

## **Подраздел XI. Гражданское право и недропользование**

- Глава 50. Развитие законодательства Республики Казахстан о недрах и недропользовании: теоретический аспект
- Глава 51. Разработка законодательства о нефтяных операциях на море
- Глава 52. Разработка закона о нефти
- Глава 53. Закон о нефти и иностранная помощь
- Глава 54. Закон о недрах и недропользовании

### **Том 6**

## **Часть третья. ПРАКТИЧЕСКАЯ**

### **Раздел 6. МЕЖДУНАРОДНОЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО И ПРОЦЕССУАЛЬНОЕ ПРАВО**

#### **Подраздел XII. Международное частное право**

- Глава 55. Понятие международного частного права
- Глава 56. Государство как субъект международного частного права
- Глава 57. Международная организация как субъект международного частного права
- Глава 58. Международное семейное право
- Глава 59. Международное частное трудовое право

#### **Подраздел XIII. Частное процессуальное право** (в соавторстве с А.Е. Дуйсеновой)

- Глава 60. Понятие частного процессуального права
- Глава 61. Примирительные процедуры как институт частного процессуального права
- Глава 62. Судебное примирение как один из видов посредничества (медиации)
- Глава 63. Арбитраж как институт частного процессуального права. Международный коммерческий арбитраж
- Глава 64. Арбитраж в Казахстане

#### **Подраздел XIV. Гражданское процессуальное право**

- Глава 65. Судебное извещение, направляемое иностранному юридическому лицу: порядок и способы вручения
- Глава 66. Государственная пошлина и доступность правосудия: взаимосвязь и взаимовлияние
- Глава 67. Определение критериев оценки качества судебных решений в Казахстане и за рубежом
- Глава 68. Инвестиционные споры: зарубежный опыт и законодательство Казахстана
- Глава 69. Практикоориентированное обучение в контексте взаимосвязи между судами и юридическими вузами

**Часть третья**  
**ПРАКТИЧЕСКАЯ**

**Раздел 6**  
**МЕЖДУНАРОДНОЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО**  
**И ПРОЦЕССУАЛЬНОЕ ПРАВО**

## ОГЛАВЛЕНИЕ

### Раздел 6. МЕЖДУНАРОДНОЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО И ПРОЦЕССУАЛЬНОЕ ПРАВО

#### Подраздел XII. Международное частное право

<b>Глава 55. Понятие международного частного права</b> .....	12
55.1. Место и роль международного частного права в современном мире .....	12
55.2. Предмет международного частного права: основные признаки .....	13
55.3. Предмет международного частного права: объем и круг отношений, регулируемых международным частным правом .....	20
55.4. Международное частное право в системе права .....	22
55.5. Методы правового регулирования гражданско- правовых отношений с иностранным элементом .....	39
55.6. Система международного частного права .....	46
<b>Глава 56. Государство как субъект международного частного права</b> .....	48
56.1. Отношения, в которых участвует государство на международной арене .....	48
56.2. Иностранное государство как субъект гражданско-правовых отношений в Казахстане .....	50
56.3. Иммунитет государства .....	56
<b>Глава 57. Международная организация как субъект международного частного права</b> .....	73
57.1. Общие положения .....	73
57.2. Иммунитет международной организации .....	77
57.3. Налогообложение международной организации .....	86
<b>Глава 58. Международное семейное право</b> .....	88
58.1. Понятие международного семейного права .....	88
58.2. Правоотношения между супругами .....	90
58.3. Правоотношения между родителями и детьми .....	98
58.4. Опекa и попечительство .....	105
<b>Глава 59. Международное частное трудовое право</b> .....	107
59.1. Понятие международного трудового права .....	107
59.2. Источники международного частного трудового права (МЧТП) .....	109
59.3. Коллизийные вопросы в области международных трудовых отношений .....	113
59.4. Трудовые права иностранцев в Республике Казахстан .....	114



59.5. Трудовые права граждан Республики Казахстан, работающих у иностранных работодателей или за рубежом .....	122
--	-----

**Подраздел XIII. Частное процессуальное право**  
(в соавторстве с А.Е. Дуйсеновой)

<b>Глава 60. Понятие частного процессуального права .....</b>	<b>126</b>
60.1. Понятие альтернативного разрешения споров .....	126
60.2. Место альтернативного разрешения споров в системе способов разрешения правовых споров .....	131
60.3. Место альтернативного разрешения споров в системе процессуального права .....	132
60.4. Место альтернативного разрешения споров (частного процессуального права) в системе публичное – частное .....	134
<b>Глава 61. Примирительные процедуры как институт частного процессуального права .....</b>	<b>137</b>
61.1. Понятие и виды примирительных процедур .....	137
61.2. Переговоры как субинститут института примирительных процедур .....	142
61.3. Медиация как субинститут института примирительных процедур .....	146
<b>Глава 62. Судебное примирение как один из видов посредничества (медиации) .....</b>	<b>155</b>
62.1. Общие положения .....	155
62.2. Судебные примирители за рубежом .....	160
62.3. Судья-примиритель в Казахстане .....	175
62.4. Выводы .....	176
<b>Глава 63. Международный коммерческий арбитраж .....</b>	<b>178</b>
63.1. Понятие международного коммерческого арбитража ..	178
63.2. Международно-правовые основы арбитражного разбирательства .....	187
63.3. Арбитражное рассмотрение инвестиционных споров .....	188
63.4. Признание и исполнение иностранных арбитражных решений .....	195
<b>Глава 64. Арбитраж в Казахстане .....</b>	<b>204</b>
64.1. Немного истории .....	204
64.2. Достоинства нового Закона об арбитраже. Сфера применения .....	206
64.3. Недостатки нового Закона об арбитраже .....	212

## Подраздел XIV. Гражданское процессуальное право

<b>Глава 65. Судебное извещение, направляемое иностранному юридическому лицу: порядок и способы вручения</b> .....	228
65.1. Применимое право .....	228
65.2. Порядок извещения сторон о времени и месте судебного разбирательства по Гражданскому процессуальному кодексу Республики Казахстан .....	230
65.3. Распространяется ли на судебные извещения порядок, применимый к судебному поручению? .....	231
65.4. Способы направления судебного извещения .....	234
65.5. Гагская конвенция 1965 года .....	237
65.6. Еще раз о применимом праве .....	238
<b>Глава 66. Государственная пошлина и доступность правосудия: взаимосвязь и взаимовлияние</b> .....	240
66.1. Доступность правосудия и судебная пошлина .....	240
66.2. Размер судебной пошлины .....	242
66.3. Льготы по уплате судебной пошлины .....	249
66.4. Судебная пошлина в Казахстане .....	251
66.5. Использование международного опыта в Казахстане ..	253
66.6. Заключение .....	256
<b>Глава 67. Определение критериев оценки качества судебных решений в Казахстане и за рубежом</b> .....	257
67.1. Критерии оценки качества судебного решения в законодательстве Республики Казахстан и в доктрине .....	257
67.2. Иностраный опыт .....	259
67.3. Казахстан .....	279
67.4. Выводы .....	281
<b>Глава 68. Инвестиционные споры: зарубежный опыт и законодательство Казахстана</b> .....	287
68.1. Развитие законодательства Казахстана в части определения терминов, связанных с инвестициями ...	287
68.2. Анализ законодательства по определению подсудности по инвестиционным спорам: до 2020 г. и после .....	290
<b>Глава 69. Практикоориентированное обучение в контексте взаимосвязи между судами и юридическими вузами</b> .....	295
69.1. Введение .....	295
69.2. США .....	295
69.3. Германия .....	299
69.4. Постсоветские страны (Грузия, Россия, Казахстан) ...	301
69.5. Выводы .....	310

**Подраздел XII**  
**МЕЖДУНАРОДНОЕ**  
**ЧАСТНОЕ ПРАВО**

## **Глава 55. ПОНЯТИЕ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА**

---

### **55.1. МЕСТО И РОЛЬ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА В СОВРЕМЕННОМ МИРЕ**

Термин «международное частное право» (МЧП) применяется и к совокупности норм, которая обычно рассматривается как отрасль права, и к отрасли правовой науки, и к учебному курсу в вузах, и в ряде случаев – к отрасли законодательства.

МЧП – наука сравнительно молодая, и в ней почти нет устоявшихся понятий. Даже предмет МЧП до сих пор вызывает жаростные споры. Нет почти ни одного термина в МЧП, который был бы до конца определенным и по которому не шли бы дискуссии.

В МЧП действуют, с одной стороны, нормы международного права, с другой стороны, – нормы национального права. Это вызывает двойственность многих позиций в МЧП и требует привлечения для решения проблем в МЧП общей теории права, сравнительного правоведения, процессуального права и иных отраслей права различных государств.

Не случайно МЧП называют то высшей математикой юриспруденции, то, по образному выражению американского специалиста Гудрича, упражнением для логики профессоров, занимающихся этой проблематикой (an entertaining dialectic for law professors)<sup>1</sup>.

Из множества факторов следует выделить основные факторы современности, которые определяют роль МЧП и его место в современном мире:

1) интернационализация хозяйственной жизни и глобализация. Мир в настоящее время настолько переплетен, что превратился в одну большую хозяйственную семью. Этому способствует создание региональных союзов, прежде всего Европейского союза, где действуют общие законы, общее управление и единая валюта;

2) резкое усиление миграции населения. Есть две составляющие этого процесса: рост международного туризма и увеличение трудовой миграции;

---

<sup>1</sup> См.: Международное частное право: Современные проблемы. М.: ТЕИС, 1994. С. 3-4.

3) научно-технический прогресс. Наука всегда была интернациональной и в последние годы этот процесс резко усилился<sup>1</sup>.

Все это влечет усиление значения МЧП в современном мире.

В Казахстане к этим общим факторам присоединяются собственные причины: своеобразие переходного периода, попытки построения открытого общества, рыночной экономики и правового государства. Казахстан самостоятельно вступает в мирохозяйственные связи, активно привлекает иностранные инвестиции, проводит масштабную приватизацию, заключает многочисленные международные договоры, вступает в региональные и всемирные союзы и организации. Многие международные проблемы требуют немедленного решения, и роль МЧП в этом процессе необыкновенно велика.

## **55.2. ПРЕДМЕТ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА: ОСНОВНЫЕ ПРИЗНАКИ**

Признаки предмета МЧП вытекают из самого названия: международное частное право.

Можно выделить два признака:

- 1) отношения международно-правовые;
- 2) отношения гражданско-правовые (частноправовые).

Первый признак: МЧП регулирует международные отношения. Международные отношения обычно понимают в широком смысле слова, то есть включающие в себя и публично-правовые, и частноправовые отношения. Поэтому стоит задача вычленить из этих отношений частноправовые.

Регулирование международных отношений осуществляется двумя отраслями права: международное публичное право и международное частное право. Международное публичное право часто называют международным правом.

Международное право – это система юридических норм, регулирующих межгосударственные отношения в целях обеспечения мира и сотрудничества<sup>2</sup>.

Под межгосударственными понимаются отношения с участием государств и государствовподобных образований, таких как нация, борющаяся за создание собственного государства, вольный город.

Субъекты международного права разделяются на две категории:

- 1) первичные (суверенные) – государства, а также нации и народы, борющиеся за независимость;

<sup>1</sup> См.: Международное частное право: Современные проблемы. М.: ТЕИС, 1994. С. 6-7; *Богуславский М.М.* Международное частное право. Учебник. 6-е изд. М.: Норма: ИНФРА-М, 2012. С. 21-22.

<sup>2</sup> См. *Лукашук И.И.* Международное право. Общая часть: Учебник. М.: Изво: БЕК, 1996. С. 1.

2) производные (не суверенные) – международные организации, государствовподобные образования (вольный город, Ватикан, Мальтийский орден)<sup>1</sup>.

Источниками международного права являются международный договор и международный обычай. В последнее время к источникам стали также относить акты международных конференций, акты международных организаций<sup>2</sup>. Иногда эти акты называют источниками международного «мягкого права»<sup>3</sup>.

Можно выделить несколько критериев отличия международного публичного права (МП) от международного частного права (МЧП):

1) по содержанию:

В МП главное место занимают политические взаимоотношения государств – обеспечение международной безопасности, суверенитет государства, невмешательство, разоружение и т.п. Возрастает удельный вес экономических отношений (международная торговля, экономическое сотрудничество и др.) – формируется международное экономическое право. Но эти отношения носят межгосударственный характер.

МЧП – это особая группа гражданско-правовых отношений, носящих международный характер. То есть это имущественные отношения и связанные с ними неимущественные отношения (в частности, право интеллектуальной собственности);

2) по субъектам:

в МП субъекты – государства, международные организации и нации, борющиеся за освобождение.

В МЧП субъекты – юридические и физические лица. Иногда в качестве субъекта может выступать государство (заем, концессия, наследование);

3) по источникам регулирования:

В МП основной источник – международный договор, иногда международный обычай.

В МЧП – внутреннее законодательство, судебный прецедент, обычай, международные договоры, причем не непосредственно, а после санкционирования их государством;

4) другие отличия, связанные с предметом регулирования (раз-

---

<sup>1</sup> См. например.: *Бирюков П.Н.* Международное право: Учебное пособие. М.: Юрист, 1998. С. 48-55; *Международное право: Учебник.* Изд. 2-е / Отв. ред. Колосов Ю.М., Кузнецов В.И. М.: Международные отношения, 1998. С. 56-64; *Кулжабаева Ж.О.* Международное публичное право. Часть Общая и Особенная. Алматы: Юрид. литература, 2002. С. 6.

<sup>2</sup> См. например: *Международное право: Учебник для вузов / Под ред. Г.В. Игнатенко.* 2-е изд. М.: Высшая школа, 1995. С. 90-101.

<sup>3</sup> См. об этом: *Лукашук И.И.* Нормы международного права в международной правовой системе. М.: Изд.Спарк, 1997. С. 124-133; *Демин А.В.* «Мягкое право» в эпоху перемен: опыт компаративного исследования: Монография. М.: Проспект, 2016.

ный порядок рассмотрения споров, применения санкций в случае нарушения прав и др.)<sup>1</sup>.

В рамках системы международного права выделяются, помимо основных принципов и общих для международного права институтов, – отрасли международного права. К общепризнанным можно отнести: право международных договоров, право внешних сношений (дипломатическое и консульское право), право международных организаций, право международной безопасности, международное экологическое право (право окружающей среды), международное гуманитарное право (право прав человека), международное морское право. Появляются новые отрасли (международное атомное право, международное уголовное право, международное экономическое право и другие)<sup>2</sup>.

Нетрудно заметить, что наиболее близко МЧП соприкасается с международным экономическим правом.

Международное экономическое право (далее – МЭП) начало формироваться сравнительно недавно. В учебниках и учебных пособиях по международному праву его определяют обычно как отрасль международного публичного права, которая представляет собой совокупность принципов и норм, регулирующих экономические отношения между государствами и другими субъектами международного права<sup>3</sup>.

В то же время имеет место хождение другая теория, согласно которой международное экономическое право регулирует международные экономические (хозяйственные, коммерческие) отношения между любыми субъектами права, участвующими в этих отношениях<sup>4</sup>.

Две основные концепции МЭП, которыми пользуются российские и казахстанские ученые, были выдвинуты и разработаны в западной литературе:

1. МЭП – отрасль международного публичного права, и предметом ее регулирования являются экономические отношения

<sup>1</sup> См.: *Богуславский М. Н.* Международное частное право: Учебник. 6-е изд. М.: Норма: ИНФРА-М, 2012. С. 24-26.

<sup>2</sup> См., например: *Тункин Г.И.* Международное право. М., 1982; *Лукашук И.И.* Международное право. Особенная часть. М., 1997. С. 163; *Международное публичное право: Учеб. / Отв. ред. Г.В. Игнатенко, О.И. Тиунов.* М., 2004. С. 586; *Шумилов В.М.* Международное экономическое право: Учеб. Ростов-на-Дону, 2003. С. 16; *Международное право. Особенная часть: Учебник для вузов / Отв. ред. Р.М. Валеев и Г.И. Курдюков.* М.: Статут, 2010. С. 222; *Вельяминов Г.М.* Международное экономическое право и процесс (Академический курс): Учебник. М.: Волтерс Клувер, 2004. С. 37.

<sup>3</sup> См., например: *Международное право: Учебник для вузов / Под ред. Г.В. Игнатенко.* 2-е изд. М.: Высшая школа, 1995. С. 388.

<sup>4</sup> См. об этом: *Вельяминов Г.М.* Основы международного экономического права. М.: ООО Изд-конс. компания ДЕКА, 1999. С. 8.

субъектов международного публичного права. Эту точку зрения разделяют, например, Г. Шварценбергер, Я. Броунли (Великобритания), П. Верлорен ван Themaat (Нидерланды), В. Леви (США), П. Вейль (Франция), П. Пиконе (Италия) и др.

2. Источником норм МЭП является как международное право, так и внутригосударственное, а МЭП распространяет свое действие на всех субъектов права, участвующих в коммерческих отношениях, выходящих за пределы одного государства. Эта концепция является преобладающей в западной литературе. Можно, в частности, назвать таких авторов, как А. Левенфельд (США), П. Фишер, Г. Эрлер, В. Фикентшер (ФРГ), Е. Питерсман (Великобритания), П. Рейтер (Франция) и другие.

Эта концепция смыкается с выдвигаемыми на Западе теориями транснационального права, направленными на то, чтобы уравнивать в качестве субъектов международного права государства и так называемые транснациональные компании (Фридман и др.)<sup>1</sup>.

Мы исходим из той основной посылки, что международное экономическое право необходимо четко отличать от международного частного права, а при присоединении ко второй концепции происходит явное смешение этих понятий. На наш взгляд, международное экономическое право следует рассматривать как отрасль международного публичного права, причем как одну из важнейших отраслей, приобретающих в последнее время все наиболее возрастающее значение.

Таким образом, МЭП можно определить как подотрасль МП, которая представляет собой совокупность принципов и норм, регулирующих отношения между государствами и другими субъектами МП в области международных экономических отношений<sup>2</sup>.

Практически источники МЭП (международные договоры) являются и источниками МЧП, но в разных сферах. МЭП – экономические межгосударственные отношения (МП), а МЧП – международные отношения между юридическими лицами и гражданами, основанные на этих конвенциях.

С этой точки зрения интерес представляет концепция так называемого «торгового права» – *lex mercatoria*.

Термин «*lex mercatoria*» в переводе с латинского означает «торговое право».

В принципе в термине «торговое право» нет ничего противозаконного. Торговое право можно, например, рассматривать как часть предпринимательского (то есть гражданского) права. Международное торговое право можно рассматривать как часть международного частного права. Внешнеторговое право можно

---

<sup>1</sup> См.: Мауленов К.С., Шумилов В.Н. Международное экономическое право. С. 25-28.

<sup>2</sup> См. об этом: Вельяминов Г.М. Указ. соч. С. 7.



рассматривать как часть права внешнеэкономической деятельности.

Однако сторонники «*lex mercatoria*» рассматривают это понятие совсем в другом плане.

Основной смысл этой концепции состоит в обосновании автономности, обособленности регламентации международных торговых сделок от национальных правовых систем.

Концепция *lex mercatoria*, или (как ее еще иногда называют) новая *lex mercatoria*, начала формироваться в начале 60-х годов усилиями французских ученых (Б. Гольдман, Ф. Кан, Ф. Фушар и другие). Развитие этой концепции продолжили и ученые других стран: Великобритании (К. Шмиттгофф), Швейцарии (Л. Копельманас, П. Лалив), Сербии (А. Голдштейн) и т.д.

Сторонники *lex mercatoria* по-разному определяют содержание этого понятия.

Например, по мнению одного из основоположников этой концепции Б. Гольдмана, *lex mercatoria* представляет собой совокупность принципов, норм и институтов, проистекающих из всех источников, которые питают юридические структуры и деятельность того сообщества, которое составляют участники международной торговли.

Другие юристы определяют *lex mercatoria* как «общие принципы и обычные правила, принятые во всех странах», «договорную практику, договоренности, предписания и решения, составляющие совокупность обычного права, являющиеся основой, в которой строилось и продолжает строиться национальное и международное коммерческое законодательство», «международную систему права, основанную на коммерческих договоренностях и договорной практике». Есть и другие определения<sup>1</sup>. Есть и судебные решения, прямо признающие существование *lex mercatoria* как права торгового сообщества, например, решение итальянского Кассационного суда (Judgment of February. 1982 Foro It.I. 2285 (It.))<sup>2</sup>.

В советской и постсоветской литературе сторонников *lex mercatoria* не слишком много. Собственно, этой проблемой у нас и заниматься начали сравнительно недавно. Появились разделы о *lex mercatoria* в учебниках по международному частному праву<sup>3</sup>, в некоторых монографиях<sup>4</sup>. Единственной монографией, специально посвященной этой проблеме, является монография украинского

<sup>1</sup> Обзор различных точек зрения см.: *Мережко А.А.* *Lex mercatoria: теория и принципы транснационального торгового права.* Киев: Таксон, 1999. С. 14-17.

<sup>2</sup> Изложение решения см.: *Мережко А.А.* Указ. соч. С. 15-16.

<sup>3</sup> См.: *Звеков В.П.* *Международное частное право: Курс лекций.* М.: Изд. группа Норма-ИНФРА – М., 1999. С. 303-306; *Международное частное право: Учебник / Под ред. Г.К. Дмитриевой.* М.: Проспект, 2000. С. 398-401.

<sup>4</sup> См.: *Международное частное право: Современные проблемы.* М.: ТЕИС, 1994. С. 396-405.

ученого А.А. Мережко<sup>1</sup>. В ней он определяет *lex mercatoria* как совокупность норм, регулирующих транснациональные торговые отношения<sup>2</sup>.

Термин *lex mercatoria* используется при определении понятия международного торгового права. Так, предлагается следующее определение международного торгового права: совокупность правовых норм «международного законодательства» и нового *lex mercatoria*, регулирующая частные отношения, возникающие при осуществлении международной торговли. Под международным законодательством понимаются международные договоры, а также акты международных межправительственных организаций, предметом регулирования которых являются отношения по международной торговле. Новая *lex mercatoria* определяется как совокупность обычаев и обыкновений международной торговли, а также новые контракты, как правило, унифицированные международными неправительственными объединениями предпринимателей<sup>3</sup>.

М.А. Сарсембаев под международным торговым правом понимает совокупность конвенциальных и обычных юридических норм, регулирующих международные торговые отношения. Он считает, что международное торговое право представляет собой симбиоз элементов международного публичного и международного частного права<sup>4</sup>. Хотя автор прямо об этом не говорит (теория *lex mercatoria* им вообще не упоминается), в таком подходе явно просматриваются признаки *lex mercatoria*.

Сторонники концепции *lex mercatoria* нередко пользуются другими терминами. Помимо термина «международное торговое право» (Б. Гольдман), используются такие, например, термины, как «транснациональное право» (Ф. Джессен, К. Шмиттгофф), «вненациональное право» (Ф. Фушар), «а-национальное право», «право международной торговли» (Луссуарн и Бредэн), «международное право предпринимательской деятельности» (Ж. Шапиро), «международное купеческое право» и т.д.

В развитии *lex mercatoria* выделяют три этапа. Первый этап – это так называемое купеческое право в эпоху Средневековья, которое представляло собой торговые обычаи, выходящие за рамки национальных границ. На втором этапе обычные нормы вошли в национальное законодательство, купеческое право исчезает. Третий этап, по мнению сторонников концепции, наступил в современный

<sup>1</sup> См.: Мережко А.А. *Lex mercatoria: теория и принципы транснационального торгового права*. Киев: Таксон, 1999.

<sup>2</sup> Там же. С. 19.

<sup>3</sup> См.: Тыньель А., Функ Я., Хвалей В. *Курс международного торгового права*. Минск: Амалфея, 1999. С. 7-8.

<sup>4</sup> См.: Сарсембаев М.А. *Международное торговое право: Учебное пособие*. Алматы: Ғылым, 1999. С. 6-7.

период, возникает *lex mercatoria*, автономное от национальных правовых систем<sup>1</sup>.

К числу основных источников *lex mercatoria* обычно относят: международные торговые обычаи и обыкновения, нормы международного публичного права, общие принципы права, типовые (модельные) законы, решения международных коммерческих арбитражей, типовые проформы и контракты.

Кроме того, выделяют еще вспомогательные источники: деловая практика, кодексы поведения, рекомендательные документы международных организаций, труды выдающихся юристов, «саморегулируемые контракты» (*contracts sans loi*)<sup>2</sup>.

Как правильно заметил И.С. Зыкин, нетрудно заметить, что сторонники рассматриваемой теории трактуют весьма широко саму категорию «право». Они полагают, что право включает в себя не только предписания, являющиеся результатом нормотворческой деятельности государства или государств. К нему относят любое регулирование социального поведения, принятого в обществе<sup>3</sup>.

Вряд ли это правильно. В принципе обычай признается источником и международного частного права. Однако никто не говорит, что обычай является правом. Обычай применяется только в случае согласия на его применение сторон и в случае отсутствия противоречий с императивными нормами права.

В литературе говорят о самостоятельной системе транснационального коммерческого права и называют ее третьей правовой системой: первая – национальное право государств, вторая – международное (публичное) право. Однако словосочетание «правовая система» нельзя толковать так, что речь идет не о юридической системе (*paralegal law*). *Lex mercatoria* можно рассматривать как систему, но как систему обычаев международной торговли в широком смысле слова<sup>4</sup>.

Второй признак. МЧП регулирует гражданско-правовые (частные) отношения. МЧП регулирует те же гражданско-правовые отношения, которые в рамках отдельного государства регулируются нормами гражданского права. Это те же самые имущественные и связанные с ними личные неимущественные отношения, которые регулируются гражданским правом. Это понятия правоспособности юридического лица, гражданина, права собственности, сделок, гражданско-правового договора и другие.

Но МЧП – не стандартные имущественные отношения, а те, ко-

<sup>1</sup> См.: *Мережко А.А.* Указ. соч. С. 94-102.

<sup>2</sup> См.: Там же. Указ. соч. С. 22-93.

<sup>3</sup> См.: *Международное частное право: Современные проблемы.* М.: ТЕИС, 1994. С. 400.

<sup>4</sup> *Международное частное право: Учебник / Под ред. Г.К. Дмитриевой.* М.: Проспект, 2000. С. 399.

которые возникают в международной сфере, выходят за пределы одного государства.

Например, Р.А. Мюллерсон определяет предмет МЧП как международные отношения невластного характера<sup>1</sup>.

Неразрывность признаков предмета МЧП. Таким образом, два признака определяют предмет МЧП:

- 1) отношения международные;
- 2) отношения гражданско-правовые (частноправовые).

Необходимо подчеркнуть, что оба эти признака должны быть одновременно.

Можно для наглядности рассмотреть три различных ситуации:

1) гражданин Казахстана, проживающий в городе Алматы, после смерти оставил наследство своему сыну, проживающему в городе Атырау. Отношения между наследодателем и наследником гражданско-правовые, но не международные. Следовательно, они регулируются не нормами МЧП, а нормами внутреннего гражданского права.

2) граждане Казахстана захватили самолет и угнали его в Египет. Возникли отношения, связанные с международным терроризмом, выдачей самолета и похитителей и привлечением их к уголовной ответственности. Возникли отношения международные, но не гражданско-правовые. Применяются не нормы МЧП, а нормы МП.

3) фирма из Германии по договору купли-продажи поставила товары контрагенту в Казахстане. Отношения гражданско-правовые и международные, регулируются международным частным правом.

### 55.3. ПРЕДМЕТ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА: ОБЪЕМ И КРУГ ОТНОШЕНИЙ, РЕГУЛИРУЕМЫХ МЕЖДУНАРОДНЫМ ЧАСТНЫМ ПРАВОМ

При определении объема и круга отношений, регулируемых МЧП, также надо выделить два аспекта: международный и гражданско-правовой.

**Объем и круг отношений, которые имеют международный характер.** Частноправовые отношения приобретают международный характер, когда они осложнены иностранным элементом.

Иностранный элемент – понятие достаточно условное. Иностранные элементы подразделяются на три группы в зависимости от того, к какому структурному элементу правоотношения они относятся:

1) по субъекту правоотношения: оно становится международным, если его участниками выступают юридические и физические

<sup>1</sup> См.: Мюллерсон Р.А. О соотношении международного публичного и международного частного права // Советское государство и право. 1982. №2. С. 85.

лица разных стран (договор купли-продажи между юридическими лицами Казахстана и Германии, брак, заключенный гражданином Казахстана с гражданкой России, и т.п.);

2) по объекту правоотношения: оно становится международным, если возникает по поводу имущества, находящегося за рубежом (например, при банкротстве казахстанской фирмы, имеющей филиалы за границей, или при споре между Олжасом Сулейменовым и другим казахстанским резидентом по поводу книги, изданной в Италии), или по поводу иностранного имущества, находящегося в Казахстане (например, отношения по поводу иностранных инвестиций или по поводу патента, полученного иностранцем в Казахстане);

3) по юридическим фактам: правоотношение становится международным, если юридический факт имел место за границей (например, казахстанские граждане заключили брак во Франции или попали в автомобильную аварию в Польше)<sup>1</sup>.

Все эти элементы могут быть все вместе или порознь, но достаточно хотя бы одного, чтобы имело место МЧП. Соотношение этих элементов может быть достаточно сложным. Например, гражданин Германии (выходец из Казахстана) умер в США, написав завещание в пользу гражданина Казахстана, находящегося в длительной служебной командировке в Пакистане, в отношении своего вклада в Швейцарском банке. Правовые отношения охватывают пять государств.

Понятие «иностраннный элемент» подверглось в литературе критике, заключающейся в том, что упор в этом понятии делается на субъект, а не на его гражданство, на вещь, а не ее местонахождение, а юридический факт вообще находится за пределами структур правоотношения<sup>2</sup>.

Предлагаются взамен другие признаки, например, – проявление юридической связи данного общественного отношения с правопорядком двух или более государств<sup>3</sup>.

В принципе и этот признак раскрывает качество, которому должно удовлетворять отношение, подпадающее под действие МЧП. Возможно, и понятие «иностраннный элемент» страдает некоторыми неточностями. Тем не менее оно довольно точно отражает содержание международных отношений и нет, на мой взгляд, оснований отказываться от этого признака. Это тем более верно, что данное понятие нашло закрепление в законодательстве. В част-

<sup>1</sup> Международное частное право: Учебник / Под ред. Г.К. Дмитриевой. М.: Проспект, 2000. С. 12-13; *Богуславский М.М.* Международное частное право: Учебник. 3-е изд. М.: Юристъ, 2001. С. 18-19.

<sup>2</sup> См.: *Рубанов А.А.* Теоретические основы международного взаимодействия национальных правовых систем. М., 1984. С. 91-93.

<sup>3</sup> См.: *Ануфриева Л.П.* Международное частное право: Учебник. Том 1. Общая часть. М.: Изд-во БЕК, 2000. С. 62.

ности, статья 1084 Гражданского кодекса РК так и называется «Определение права, подлежащего применению к гражданско-правовым отношениям, осложненным иностранным элементом».

**Объем и круг отношений, которые имеют гражданско-правовой (частный) характер.** Основной блок МЧП составляет, несомненно, гражданское право. Однако, кроме него, к МЧП традиционно относят семейное и трудовое право. Гражданское процессуальное право относится, на мой взгляд, к публичному праву, поэтому оно должно рассматриваться отдельно от МЧП. К МЧП можно отнести только международное частное процессуальное право (международное право альтернативного рассмотрения споров – переговоры, медиация, арбитраж).

Поэтому предметом МЧП можно называть гражданско-правовые отношения в широком смысле с включением в них семейно-правовых, трудовых и частнопроцессуальных отношений. Более точно говорить о частноправовых отношениях.

Международное частное право следует понимать, на мой взгляд, как регулирующее гражданско-правовые отношения международного характера, или международные гражданско-правовые отношения. Гражданское право здесь понимается в широком смысле слова, включая сюда семейное, трудовое право и частное процессуальное право.

Поэтому можно уточнить предмет МЧП, определяя его как международные гражданско-правовые (частноправовые) отношения или гражданско-правовые (частноправовые) отношения, осложненные иностранным элементом.

#### 55.4. МЕЖДУНАРОДНОЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО В СИСТЕМЕ ПРАВА

**Дискуссионный характер проблемы.** Вопрос о месте международного частного права (далее – МЧП) в системе права имеет давнюю историю. Он исследуется в сотнях книг и статей, автор каждого учебника по МЧП считает необходимым осветить данную проблему, высказать свою точку зрения.

Тем не менее этот вопрос до сих пор является одним из самых спорных в теории МЧП.

В настоящее время среди множества разных точек зрения на правовую природу МЧП и его место в системе права можно выделить три основных направления:

1) нормы МЧП входят в состав международного права в широком смысле слова («международники»). Эту точку зрения разделяют, например: С.Б. Крылов, М.А. Плотник, С.А. Голунский, М.С. Строгович, В.Э. Грабарь, А.М. Ладыженский, Ф.И. Кожевников, С.А. Малинин, В.И. Маргиев, В.И. Менжинский, И.П. Блищенко, Л.Н. Га-

ленская, а также М. Геновский (Болгария), Мореро Кинтане (Аргентина) и др.;

2) МЧП входит в состав внутригосударственного права, а наука МЧП является одной из гражданско-правовых наук. При этом ряд авторов считают, что МЧП – самостоятельная отрасль права («внутригосударственники») (С.Н. Лебедев, А.Б. Левитин, Г.К. Матвеев, И.С. Перетерский, Л.А. Лунц, М.М. Богуславский, Л.П. Ануфриева, В.П. Звеков, Е.Т. Усенко, В.С. Поздняков, А.П. Мовчан, Н.В. Орлова, А.А. Рубанов, М.Г. Розенберг, а также А. Батиффоль – во Франции, М. Коппенол-Ляфорс – в Нидерландах, М. Джулиано – в Италии). По мнению других авторов («цивилисты»), МЧП – это часть гражданского права (М.М. Агарков, И.А. Грингольц, М.И. Брагинский, А.Л. Маковский, О.Н. Садилов и др.);

3) нормы МЧП состоят из двух частей, а именно из норм международно-правовых и норм внутригосударственных (сторонники «полисистемного комплекса»). Впервые это мнение высказал А. Н. Макаров, в дальнейшем оно было развито Р. А. Мюллерсоном, К. Л. Разумовым, В. Г. Храбсковым. Из западных авторов эту точку зрения разделяют Хосе де Иангус Мессиа (Испания), в какой-то степени М. Иссад<sup>1</sup>.

Я проанализировал большинство последних учебников по международному частному праву и ряд монографий и установил следующее.

Первая концепция («международники») особым успехом не пользуется. Во всяком случае, ни в одном из современных учебников эта точка зрения не поддерживается.

Есть сторонники концепции МЧП как «полисистемного комплекса» (В.В. Гаврилов, И.В. Гетьман-Павлова, Н.Ю. Ерпылева, В.А. Канашевский, Т.Н. Нешатаева, А.С. Скаридов и др.).

Однако многие авторы все же склоняются к концепции, что МЧП является внутригосударственным правом, причем подавляющее большинство относят МЧП к самостоятельной отрасли права (Л.П. Ануфриева, М.М. Богуславский, Т. Бендевский, Г.М. Вельяминов, Г.К. Дмитриева, В.П. Звеков, Ш.М. Менглиев, М.А. Сарсембаев, Г.Ю. Федосеева и др.).

И только единицы рассматривают МЧП как часть гражданского права (В.Ф. Попондопуло), да и то гражданское право они понимают широко, включая туда и семейное, и трудовое, и даже гражданско-процессуальное право.

Несомненно, отношения, регулируемые МЧП, носят междуна-

---

<sup>1</sup> См., напр.: Международное частное право: Современные проблемы / Отв. ред. М. М. Богуславский. М., 1994. С. 78; *Грaбарь В. Э.* Материалы к истории литературы международного права в России (1647-1917). М., 1958; *Усенко Е. Т.* О научном вкладе Л. А. Лунца // Проблемы международного частного права: Сб. статей / Под ред. Н. И. Марышевой. М., 2000.

родный характер. Исходя из этого, появились концепции широкого понятия международных отношений и разделения международного права на международное публичное право и международное частное право. Иными словами, МЧП рассматривается как подотрасль международного права<sup>1</sup> или как самостоятельная отрасль в системе международного права в широком смысле слова<sup>2</sup>. Проводится деление норм международного права на публичные и частные, и из этого выводится существование двух правовых систем – международного публичного права и международного частного права<sup>3</sup>.

Тем не менее сторонники рассмотрения МЧП как международного права не могут не признать того очевидного факта, что коллизионное право является национальным правом каждого государства и регулируется по-разному в различных национальных правовых системах. Неясно также, как быть с материальным правом, регулирующим отношения с иностранным элементом, которое явно тяготеет к МЧП.

Собственно, попыткой выйти из этого тупика явилось создание концепций, рассматривающих МЧП как полисистемный юридический комплекс, состоящий из двух частей: международного права и внутригосударственного права<sup>4</sup>.

Эта точка зрения высказывалась и в зарубежной литературе. Например, алжирский юрист М. Иссад вслед за французскими международниками признает, что МЧП является внутригосударственным по своим источникам, в то время как по своим объектам оно международное<sup>5</sup>.

Еще И. С. Перетерский обратил внимание на различный смысл, который вкладывается в слово «международный» применительно к международному публичному праву и международному частному

---

<sup>1</sup> См., напр.: *Крылов С.Б.* Международное частное право. М., 1947. С. 30, 32; *Грaбарь В. Э.* Материалы к истории литературы международного права в России (1647-1917). С. 463. – В последнее время эту точку зрения поддерживает В.Г. Храбсков (см.: *Храбсков В.Г.* Международное частное право в правовой системе // Государство и право. 2006. №2. С. 51).

<sup>2</sup> См.: *Малинин С. А.* Мирное использование атомной энергии. Международно-правовые вопросы. М., 1971. С. 7.

<sup>3</sup> См.: *Нешатаева Т.Н.* К вопросу о правовых системах, регулирующих международные отношения // Российский ежегодник международного права. 1993-1994. СПб., 1995. С. 57-58.

<sup>4</sup> См., напр.: *Макаров А.Н.* Основные начала международного частного права. М.; Л., 1924. С. 25-26; *Мюллерсон Р.А.* О соотношении международного публичного и международного частного права // Советское государство и право. 1982. №2. С. 114-124; *Храбсков В.Г.* Международное частное право в системе общего международного права // Изд. вузов. Правоведение. 1982. №6. С. 38; *Фельдман Д.И.* Система международного права. Казань, 1983. С. 38; *Нешатаева Т.Н.* К вопросу о правовых системах, регулирующих международные отношения. С. 54-58.

<sup>5</sup> См.: *Иссад М.* Международное частное право. М., 1989. С. 6-10.



праву<sup>1</sup>. Термин «международное» в первом случае понимается в смысле межгосударственное, во втором – в смысле регулирования отношений с иностранным элементом<sup>2</sup>.

Общее состоит в том, что речь в обоих случаях идет о международных отношениях в широком смысле слова, т. е. отношениях, выходящих за пределы одного государства, связанных с двумя или несколькими государствами. Но нормы международного частного права регулируют не публично-правовые, а частноправовые отношения. Международные они лишь в том смысле, что являются отношениями, осложненными международным и иностранным элементом. Международное публичное право (или общее международное право) – самостоятельная правовая система (подсистема особой межгосударственной системы). Международное частное право – это составная часть внутренней правовой системы каждого государства. Нормы международного частного права создаются государством самостоятельно<sup>3</sup>.

В современном мире существует два вида систем права – международное право и национальные системы, и МЧП является частью национальных систем права различных государств<sup>4</sup>.

В силу этого я считаю, что МЧП может принадлежать только к внутригосударственному праву. Однако, несмотря на множественность последователей этой точки зрения, какой-то определенности в этом пока не достигнуто. Дело в том, что, во-первых, взгляд на место МЧП в системе права высказывается авторами в основном в учебной литературе и никакой теоретической аргументации при этом не приводится. Специальных теоретических исследований данной проблемы за многие годы развития науки МЧП в России и Казахстане было не так уж и много<sup>5</sup>. Во-вторых, исследователи проблем МЧП не совсем полно и точно используют идеи и разработки теории права и теории гражданского права, за немногими ис-

<sup>1</sup> См.: *Перетерский И.С.* Система международного частного права // Советское государство и право. 1945. №8-9. С. 12-30.

<sup>2</sup> Международное частное право: Современные проблемы / Отв. ред. М. М. Богуславский. С. 80.

<sup>3</sup> См.: *Лукашук И.И.* Международное право: Учебник. Общая часть. М., 1996. С. 4-5; *Богуславский М.М.* Международное частное право: Учебник. 3-е изд. М., 1998. С. 13-14; *Международное право: Учебник* / Под ред. Г. И. Тункина. М., 1994. С. 4-11.

<sup>4</sup> Международное воздушное право / Отв. ред. А.П. Мовчан. Кн. 1. М., 1980. С. 10, 15 (автор главы – А. П. Мовчан).

<sup>5</sup> Из монографических исследований следует отметить, напр.: *Международное частное право. Современные проблемы* / Отв. ред. М. М. Богуславский; *Нешатаева Т.Н.* Международные организации и право. Новые тенденции в международно-правовом регулировании. М., 1998; *Ануфриева Л.П.* Соотношение международного публичного и международного частного права: правовые категории. М., 2002; *Канаишевский В.А.* Международные нормы и гражданское законодательство России. М., 2004, и др.

ключениями (Л.П. Ануфриева, А.Л. Маковский, Т.Н. Нешатаева, и др.). Между тем определить место МЧП в системе права невозможно без использования положений теории права.

**Состав институтов, входящих в МЧП.** Существует два принципиальных подхода к определению МЧП: широкое и узкое толкование.

Традиционным является широкое понимание МЧП, т. е. включение в его состав, помимо собственно гражданского права, семейного права, трудового права и международного гражданского процесса.

В то же время существует и узкое толкование предмета МЧП, когда под МЧП понимается только гражданское право. Сторонники этой точки зрения считают, что гражданско-правовой характер предмета МЧП не позволяет включать в него смежные категории семейного, трудового и процессуального права. Наличие гражданско-правовых категорий в любой отрасли права ни в коем случае не делает эти отрасли гражданско-правовыми. Они регулируют самостоятельные области общественных отношений – семейные, трудовые, процессуальные<sup>1</sup>.

Определенный смысл в этих аргументах есть. В любом варианте, как бы мы ни рассматривали понятие МЧП, в системе норм, регулирующих частноправовые отношения, будет выделяться блок гражданского права. Недаром еще Ф.Ф. Мартенс, который заложил основы концепции МЧП в России в своем фундаментальном труде «Современное международное право цивилизованных народов» (впервые издано в 1882-1883 гг.), говорил о «международных гражданских правоотношениях»<sup>2</sup>.

В то же время это не означает, что МЧП следует ограничить только гражданским правом. Что касается семейного и трудового права, то исторически они вышли из гражданского права и во многих странах и сейчас находятся в составе гражданского права. В настоящее время необходимо после очищения этих отраслей от идеологических и административно-командных напластований эпохи развитого социализма вернуть их в лоно гражданского права. Эти идеи пробивают себе дорогу в законодательстве (например, в ГК Грузии целиком включено семейное право) и убедительно аргументируются в юридической литературе<sup>3</sup>.

Но даже если и рассматривать семейное и трудовое право отдельно

---

<sup>1</sup> См.: *Храбсков В.Г.* О концепции «гражданско-правового характера отношений» в международном частном праве и некоторых дискуссионных вопросах хозяйственного права // Государство и право. 1997. №12. С. 89; *Ерпылева Н.Ю.* Международное частное право: Учебник для вузов. М., 1999. С. 8-12.

<sup>2</sup> См.: *Мартенс Ф. Ф.* Современное международное право цивилизованных народов. Т. 2. М., 1996. С. 176.

<sup>3</sup> См., напр.: *Брагинский М.И.* О месте гражданского права в системе «право публичное – право частное» // Проблемы современного права: Сб. статей. М., 2000. С. 74-80; *Международное частное право: Учебник / Под ред. Г.К. Дмитриевой.* М., 2000. С. 10-11.

от гражданского права, все равно они входят в состав частного права. Поэтому нет видимых причин не включать международное семейное и трудовое право в состав международного частного права.

Сложнее обстоит дело с международным гражданским процессом. Существуют различные точки зрения на место международного гражданского процесса в системе международного частного права<sup>1</sup>. То же касается международного коммерческого арбитража, как бы его ни рассматривали: или как самостоятельный правовой институт, или как часть международного гражданского процесса.

Однако некоторые авторы пытаются включить в предмет правового регулирования МЧП также отношения в валютной, финансовой, налоговой и таможенной сферах<sup>2</sup>. М.А. Сарсембаев также включает в предмет МЧП финансово-правовые отношения<sup>3</sup>. С этим согласиться нельзя. Налоговые, валютные, финансовые и таможенные отношения являются частью не частного, а публичного права, и едва ли возможно научно доказать обратное<sup>4</sup>.

Таким образом, определение МЧП как самостоятельной отрасли внутригосударственного права или как части гражданского права зависит от того, как мы будем рассматривать само гражданское право. Если гражданское право понимается в широком смысле с включением в него семейного и трудового права, то тогда МЧП будет частью гражданского права (хотя здесь все равно остаются проблемы с международным частным процессуальным правом). Если рассматривать гражданское право, семейное право, трудовое право, частное процессуальное право как отдельные отрасли права, то МЧП будет самостоятельной отраслью права.

Однако и в том, и в другом случае остается открытой проблема определения места МЧП в системе права.

Не скрою, мне импонирует первая точка зрения. И семейное, и трудовое право должны войти в состав гражданского права, откуда они и вышли. Однако в настоящее время ситуация такова (во всяком случае, в Казахстане), что и семейное, и особенно трудовое право рассматриваются как самостоятельные отрасли права. Как самостоятельное правовое образование, никак не могущее войти в состав гражданского права, рассматривается частное процессуальное право.

При этих условиях встает вопрос, как МЧП, являясь частью

<sup>1</sup> См. об этом: Международное частное право: Учебник / Под ред. Г. К. Дмитриевой. С. 558-560; *Ануфриева Л.П.* Международное частное право: В 3 т. Учебник. Т. 1. Общая часть. М., 2000. С. 96-102.

<sup>2</sup> См., напр.: *Бекешев К.А., Ходаков А.Г.* Международное частное право: Сб. документов. М., 1997. С. IX.

<sup>3</sup> См.: *Сарсембаев М.А.* Международное частное право: Учеб. пособие. 2-е изд. Алматы, 1998. С. 9.

<sup>4</sup> См.: *Садиков О.Н.* Достоинства и недочеты нужной книги // Журнал российского права. 1998. №4/5. С. 294-295; *Ертылева Н.Ю.* Международное частное право. С. 9-10.

этих самостоятельных отраслей права, может само быть самостоятельной отраслью права?

Отчаявшись найти место МЧП в системе права, некоторые исследователи объявляют МЧП подсистемой национальной правовой системы. Самостоятельной социальной системой оно стать не может, так как в процессе своего функционирования такая система будет неизбежно вторгаться в структуры других социальных систем, что объективно невозможно, иначе не существовало бы самих этих систем<sup>1</sup>.

Не совсем понятно написано, но ясно то, что автор не представляет, как вставить МЧП в систему национального права.

Решение этого вопроса невозможно, на мой взгляд, без признания наличия комплексных образований в системе права.

**Международное частное право как комплексная отрасль права.** Нормы права, складываясь в действующую в данном обществе систему, также обязательно образуют сложную и многоуровневую структуру права, которая только тогда и может регулировать все многообразие общественных отношений. С.С. Алексеев правильно отмечает, что праву, как иным целостным системным образованиям, свойственна некоторая иерархия структур. В литературе на это обращали очень мало внимания.

Мысль В.К. Райхера о том, что система права строится в нескольких плоскостях<sup>2</sup>, неоднократно подвергалась резкой критике.

При построении своей концепции об удвоении структуры права<sup>3</sup> С.С. Алексеев исходил из реальной правовой действительности, которая не укладывалась в одноплоскостную структуру.

Из этого вытекает возможность наличия в структуре права вторичных (комплексных) образований.

Международное частное право также надо рассматривать как комплексную отрасль права. В него входят часть норм гражданского права, семейного права, трудового права, частного процессуального права. Объединяющим признаком этих норм (системообразующим фактором) является то, что они регулируют отношения, осложненные иностранным элементом. При этом эти нормы остаются в составе соответственно гражданского, семейного, трудового, частного процессуального права. Но на другом уровне, в рамках удвоения структуры права, они включаются также в международное частное право.

Вместе с тем комплексность МЧП имеет существенные особенности. Если большинство комплексных отраслей права (предпри-

---

<sup>1</sup> См.: *Кудашкин В.В.* Правовое регулирование международных частных отношений. СПб.: Изд-во ЮридЦентПресс, 2004. С. 95-96.

<sup>2</sup> См.: *Райхер В.К.* Общественно-исторические типы страхования. Изд. АН СССР, 1947. С. 190.

<sup>3</sup> См.: *Алексеев С.С.* Структура советского права. С. 23, 28; *его же.* Теория права. М.: БЕК, 1993. С. 110.

нимательское право, морское право, экологическое право и т.п.) объединяет в себе нормы отраслей частного и публичного права (в основном гражданского и административного), то в состав МЧП входят нормы только частного права (гражданского, семейного, трудового, частного процессуального права)<sup>1</sup>.

**Теория полисистемного комплекса: критический анализ.** В принципе именно к комплексности сводится теория сторонников «полисистемного комплекса». Суть этой теории наиболее выпукло представила Т. Н. Нешатаева. Есть две моносистемы: национальное право (более 200) и международное публичное право. Однако кроме моносистем выделяются еще полисистемы, состоящие из разнородных системообразующих элементов, возможно, не обладающих структурным единством, но определенно взаимосвязанных и влияющих друг на друга. К системам такого типа (полисистемам) относится, например, система «природа – общество». Такой полисистемой является МЧП, которое представляет собой полисистемный юридический комплекс, включающий нормы, имеющие источник в национальном праве различных государств, а также в международном публичном праве<sup>2</sup>.

Таким образом, международное частное право – это некая третья полисистема, существующая наряду с двумя моносистемами – национальным правом и международным правом. Однако нет ответа на вопрос, где же она существует, эта полисистема?

Включает ли она в себя целиком обе моносистемы, как это происходит в случае с полисистемой «природа – общество»? Видимо, нет, не может она включать все системы целиком, ибо тогда МЧП будет какая-то сверхсуперотрасль (поэтому ссылка на полисистему «природа – общество», на мой взгляд, некорректна). Или она находится где-то сверху или сбоку этих двух моносистем?

Ответа на этот вопрос нет, и мне кажется, термин «полисистемный комплекс» – это просто красивая фраза, придуманная для того, чтобы скрыть проблему, вместо того, чтобы решать ее.

Апофеозом этой теории, или доведением до абсурда, является утверждение В. В. Гаврилова о том, что международное частное право не является частью какой бы то ни было системы права, а представляет собой полисистемный комплекс, который состоит из норм как национального, так и международного права. При этом соответствующие нормы не исключаются из национально-правовых систем или из международного публичного права. Таким образом, МЧП является искусственным образованием, которое

<sup>1</sup> Подробнее см.: *Право как система: Монография.* Алматы: Юрид. фирма Зангер, С. 231-243.

<sup>2</sup> См.: *Нешатаева Т.Н.* Международное частное право и международный гражданский процесс: Учебный курс: В 3 ч. М., 2004. С. 23-27; *ее же.* Международные организации и право. Новые тенденции в международно-правовом регулировании. М., 1998. С. 47-53.

нельзя рассматривать ни как часть международного, ни как часть внутригосударственного права. Не образует оно и собственной системы права, так как само состоит из норм различных правовых систем. Международное частное право – это скорее учебно-методический и научный термин, который применяется для обозначения совокупности правовых норм международного и национального происхождения, находящихся в тесном взаимодействии и регулирующих особую группу относительно обособленных общественных отношений международного невластного характера<sup>1</sup>.

Не совсем понятна позиция В.Г. Храбскова. С одной стороны, он рассматривает МЧП как подсистему международного права. С другой стороны, он утверждает, что на данный момент нет оснований говорить о существовании такой отрасли, как МЧП. Попытки объединения разносистемных норм, по его мнению, противоречат принципам построения системы права. Трудно не прийти к выводу, что сформулированная таким путем отрасль права – международное частное право есть довольно искусственная, характеризующаяся эклектицизмом конструкция<sup>2</sup>.

В литературе по МЧП сторонники полисистемного комплекса уже делают попытки решить эту проблему с помощью понятия комплексного характера МЧП, хотя о комплексной отрасли права пока еще не говорят.

Например, Н.Ю. Ерпылева пишет: «Что же касается природы МЧП, то на современном этапе его развития стал абсолютно очевиден ее комплексный характер и невозможность втиснуть МЧП ни в рамки внутригосударственного (национального), ни в рамки международного публичного права. МЧП – совершенно самостоятельное правовое образование, имеющее собственный предмет регулирования, отличный от любых иных правовых систем (будь то национальная или международная)»<sup>3</sup>. Жаль только, что Н.Ю. Ерпылева не объяснила, где же находится МЧП, если в мире, кроме национальных и международной, других систем нет.

Между тем, если признать справедливыми утверждения сторонников полисистемного комплекса, что МЧП объединяет нормы международного публичного и национального права, то эту проблему они элементарно могли бы решить с помощью теории комплексных отраслей права. С этой точки зрения МЧП выступала бы

---

<sup>1</sup> См.: *Гаврилов В.В.* Международное частное право. М., 2000. С. 13.

<sup>2</sup> См.: *Храбсков В.Г.* Международное частное право в правовой системе. С. 50-51.

<sup>3</sup> См.: *Ерпылева Н.* Предмет и метод международного частного права // *Russland in Kontext der internationalen Entwicklung: Internationales Privatrecht, Kulturgüterschutz, geistiges Eigentum, Rechtsvereinheitlichung / Russia in the International Context: Private International Law, Cultural Heritage, International Property, Harmonization of Laws / Festschrift für Mark Moisevic Boguslavskij / Hrsg. A. Trunk, R. Knieper, A. G. Svetlanov.* Berlin, 2004. S. 37-38.

как комплексная отрасль права, включающая в себя часть норм международного публичного права и часть норм национального права. Причем эти нормы остаются в основных отраслях права, но в то же время объединяются по принципу удвоения структуры права в дополнительной структуре – комплексной отрасли «международное частное право».

Однако нет необходимости, на мой взгляд, в конструировании комплексной отрасли в таком ракурсе, ибо не существует других правовых систем, кроме международного публичного права и национального права. МЧП, хотя и имеет двойственный характер источников, является национальным правом. Международные договоры входят в национальную систему права (п. 1 ст. 4 Конституции Республики Казахстан). Международные договоры являются источником как международного публичного права (МПП), так и МЧП. Однако для МПП не имеет ровно никакого значения, включен ли договор во внутригосударственное право. Государство интересуется только сам международный договор и не интересуется внутреннее право другого государства – участника этого договора – и каким образом существует договор в этой внутренней системе.

Другое дело – МЧП, регулирующее отношения между частными субъектами разных государств. Для того чтобы международный договор мог регулировать эти отношения, он обязательно должен быть включен во внутреннее право этих государств. Иначе он просто не сможет функционировать в сфере МЧП.

**Международный гражданский процесс: соотношение с МЧП.** Деление отраслей права на материальные и процессуальные является общепризнанным в теории права.

Как пишет С.С. Алексеев, материальные отрасли (институты, нормы) посвящены непосредственно правам и обязанностям, другим юридическим вопросам по существу, а процессуальные отрасли (институты, нормы) – процессуальным вопросам<sup>1</sup>.

Обычно к процессуальным отраслям относят гражданско-процессуальное (в России к этому добавляют еще арбитражное процессуальное право) и уголовно-процессуальное право<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> См.: Алексеев С.С. Право: азбука–теория–философия. М.: Статут, 1999. С. 46; Венгеров А.Б. Теория государства и права: Учебник для юридических вузов. 3-е изд. М.: Юриспруденция, 1999. С. 374.

<sup>2</sup> См., например: Дробязко С.Г., Козлов В.С. Общая теория права: Учеб. пособие для вузов. М.: Амалфея, 2005. С. 259; Марченко М.Н. Проблемы общей теории государства и права: Учеб.: в 2 т. Т.2. Право. 2-е изд. М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. С. 582; Протасов В.Н., Протасова Н.В. Лекции по общей теории права и теории государства. М.: Изд-во дом Городец, 2010. С. 276-278; Сырых В.М. Теория государства и права: Учебник для вузов. 3-е изд. М.: ЗАО Юстицинформ, 2007. С. 252; Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства: Учебник для юрид. вузов и факультетов. М.: Изд-во НОРМА (Изд. группа НОРМА-ИНФРА.М), 2000. С. 431.

Однако многие авторы включают сюда административно-процессуальное право<sup>1</sup>. Как пишет С.С.Алексеев, от трех профилирующих материальных отраслей (гражданского, административного, уголовного) идут генетические, функциональные и структурные связи к соответствующим трем (опять-таки, не более, но и не менее) процессуальным отраслям – гражданскому процессуальному, административно-процессуальному, уголовно-процессуальному праву<sup>2</sup>.

Некоторые авторы добавляют в число процессуальных отраслей еще и конституционно-процессуальное право<sup>3</sup>, хотя этот вопрос в теории права пока не получил надлежащего обоснования. Например, выделяется пять видов процесса: гражданский, уголовный, административный, арбитражный и конституционный, но к группе процессуальных отраслей относят только уголовно-процессуальное право и гражданско-процессуальное право<sup>4</sup>.

Из всех отраслей процессуального права право альтернативного разрешения споров, несомненно, наиболее тесно связано с гражданским процессуальным правом. Чтобы выяснить, как именно можно воспользоваться наработками в части соотношения арбитражного права с гражданским процессуальным правом. Я эту проблему решал применительно к международному арбитражному (третейскому) праву, поэтому можно использовать те выводы, к которым я пришел в процессе этого исследования.

Ряд авторов включает международное арбитражное (третейское) право (МАП) в международный гражданский процесс (МГП), а МГП, в свою очередь, – в МЧП<sup>5</sup>.

В то же время распространены и взгляды, выводящие МГП за пределы МЧП.

При этом, естественно, первое, что приходит на ум, – это то, что

---

<sup>1</sup> См., например: Общая теория государства и права: Академический курс в 2-х томах. / Под ред. проф. М.И. Марченко. Том 2. Теория права. М.: Изд. Зерцало, 1998. С. 244; *Салищева Н.Г.* Гражданин и административная юрисдикция в СССР. М., 1970. С. 131-156; *Сорокин В.Д.* Административный процесс и административно-процессуальное право. СПб., 2002.

<sup>2</sup> См.: *Алексеев С.С.* Теория права. М.: Изд. БЕК, 1995. С. 195; *его же.* Восхождение к праву. Поиски решения. М.: Изд-во НОРМА, 2001. С. 68.

<sup>3</sup> См., например: *Лазарев В.В., Липень С.В.* Теория государства и права: Учебник для вузов. 2-е изд. М.: Спарк, 2000. С. 258-259.

<sup>4</sup> См.: Теория государства и права: Учебник / Под ред. Р.А. Ромашова, В.П. Сальникова. Изд. 2-е. В 3-х т. Т. 2. СПб.: Фонд Университет, 2010. С. 93.

<sup>5</sup> См., например: *Нешиатаева Т.Н.* Международное частное право и международный гражданский процесс: Учебный курс в трех частях. М.: ОАО «Изд. Дом «Городец», 2004. С. 380. *Ануфриева Л.П.* Международное частное право. В 3-х т. Учебник. Том 1. М.: Изд-во БЕК, 2000. С. 86; Том 3. 2001. С. 280; *Менгшеев М.* Международное частное право. Часть 1. Душанбе: «Девашгич», 2002. С. 24-27.



МГП является составной частью гражданского процессуального права. Некоторые авторы на этом и останавливаются<sup>1</sup>.

Специалистами в сфере МЧП мало внимания обращается на то, к какой сфере права – публичного или частного – относится международный гражданский процесс. Т.Н. Нешатаева выделяет две черты МГП: процесс необходим для определения и защиты гражданских прав личности; процесс носит публичный характер, поскольку связан с реализацией властных полномочий государственного или межгосударственного органа<sup>2</sup>.

Именно из этого факта, что МГП относится к публичному праву, вытекает, по мнению В.Ф. Попондопуло, правильность утверждения, что МГП лишь формально относится к МЧП, а по существу входит в состав национального гражданского процесса<sup>3</sup>.

По мнению Х. Шака, праздным является вопрос, относится международное гражданское процессуальное право к частному или публичному. Хотя преимущественно его считают, как и процессуальное право вообще, частью публичного права, тем не менее в нем сильны частноправовые элементы. Его цель скорее частноправовая, в то время как средства, которыми оно пользуется, скорее публично-правовые. С этой точки зрения вряд ли следует причислять международный гражданский процесс к той или иной отрасли, он должен акцентироваться как самостоятельная правовая материя<sup>4</sup>.

Между тем, на мой взгляд, именно отнесение к публичному праву или частному праву является основным критерием включения или невключения МГП в состав МЧП.

Вопрос о гражданском процессуальном праве, как я выше отмечал, не является бесспорным, но тем не менее авторы большинства учебников по гражданскому процессу или обходят этот вопрос, или подчеркивают принудительный характер защиты гражданских прав в гражданском процессе или императивный характер отношений. Во всяком случае, к частному праву гражданский процесс не относят.

В состав публичного права включают процессуальное, в том

<sup>1</sup> См.: *Стальев Ж.* Болгарское гражданское процессуальное право. София, 1966. С. 68S; *Дробязкина И.В.* Международный гражданский процесс: проблемы и перспективы. СПб.: Изд-во Р.Асланова «Юридический центр Пресс», 2005. С. 19; *Шак Х.* Международное гражданское процессуальное право: Учебник /Пер. с нем. М.: Изд-во БЕК, 2001. С. 5, 10.

<sup>2</sup> См.: *Нешатаева Т.Н.* Международный гражданский процесс: Учебное пособие. М.: Дело, 2001. С. 13.

<sup>3</sup> См.: *Международное коммерческое право: Учебное пособие.* Под общ. ред. В.Ф. Попондопуло. М.: Омега-Л, 2004. С. 11.

<sup>4</sup> См.: *Шак Х.* Указ. соч. С. 5; Эти же аргументы повторяет Л.П. Ануфриева (См.: *Ануфриева Л.П.* Соотношение международного публичного и международного частного права: правовые категории..М.: Изд.Спарк, 2002. С. 383).

числе гражданско-процессуальное, А.В. Поляков, а также Ю.А. Тихомиров, исследовавший все основные отрасли публичного права<sup>1</sup>.

На мой взгляд, международный гражданский процесс, безусловно, является институтом национального гражданского процесса и, безусловно, относится к публичному праву. Гражданские процессуальные отношения – это отношения между судом и участниками процесса. Эти отношения характеризуются как отношения власти и подчинения. Метод гражданского процессуального права в учебниках обычно характеризуется как императивно– диспозитивный<sup>2</sup>. Однако диспозитивность выражается всего лишь в праве участников процесса воспользоваться или не воспользоваться правами, предоставленными им процессуальным законодательством. Это никак не влияет на властноподчиненный характер отношений между судом и участниками процесса. В принципе такой же характер носят отношения граждан и юридических лиц и с другими государственными органами, возникающие зачастую именно по инициативе граждан или юридических лиц.

В гражданском процессе участники между собой напрямую не общаются, все их отношения происходят через суд и в связи с судом. Есть только два случая, когда между сторонами возникают непосредственные правоотношения: это договорная подсудность (пророгационное соглашение) и мировая сделка. Однако это уже не гражданско-процессуальные, а материальные правоотношения. Мало у кого возникает сомнения в том, что и пророгационное соглашение, и мировое соглашение, – это гражданско-правовые договоры<sup>3</sup>.

Только когда суд утвердит мировое соглашение или признает пророгационное соглашение, возникают, наряду с материальными гражданско-правовыми, процессуальные отношения между сторонами и судом. Наличие таких материальных отношений никак не влияет на публично-правовую природу процессуальных отношений.

Исходя из непреложного факта, что МГП относится к публичному праву, не может быть признана правильной возможность включения его в состав международного частного права. МЧП целиком находится в сфере частного права и публично-правовые институты в него входить не могут.

---

<sup>1</sup> См.: Поляков А.В. Общая теория права: Проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода: Курс лекций. СПб.: Изд. дом. С.-Петерб. гос. ун-та, 2004. С. 740; Тихомиров Ю.А. Публичное право: Учебник. М.: БЕК, 1995. С. 338.

<sup>2</sup> Можно сослаться на любой учебник по гражданскому процессу. См., например: Баймолдина З.Х. Гражданское процессуальное право Республики Казахстан: Учебник в двух томах. Т. I. Общая часть (темы 1-15). Алматы: КазГЮА, 2001. С. 44.

<sup>3</sup> См., например: Рожкова М.А. Мировая сделка: использование в коммерческом обороте. М.: Статут, 2005.

Практический вывод из этого следует такой. МЧП и МГП являются самостоятельными правовыми образованиями: МЧП как самостоятельная комплексная отрасль внутригосударственного права и МГП – как институт внутригосударственного гражданского процесса.

В сфере правоповедения в силу наличия очевидной общности МЧП и МГП как регулирующих отношения, осложненные иностранным элементом, изучение и преподавание МГП должно проводиться в рамках науки и учебного курса «Международное частное право».

В то же время есть более радикальный и более верный, на мой взгляд, способ решения этого вопроса: признать объединенные МЧП и МГП комплексной отраслью, включающей в себя частно-правовые нормы МЧП и публично-правовые нормы МГП. Называться такая комплексная отрасль права должна «Международное частное право и международный гражданский процесс». Нормы МГП при этом, естественно, остаются в составе основной (не комплексной) отрасли права – гражданского процессуального права.

**Международное частное процессуальное право (международное право альтернативного разрешения споров: соотношение с МЧП).** В своих прежних работах, обосновывая критерии классификации отраслей частного права, я выделял в составе отраслей частного права арбитражное (третейское) право<sup>1</sup>. Это было вполне разумным, так как третейское разбирательство споров было в Казахстане наиболее применяемым и разработанным, и третейское разбирательство освещается как самостоятельный раздел практически во всех учебниках по гражданскому процессу<sup>2</sup>. Об остальных способах альтернативного разрешения споров (АРС) было известно очень мало<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> См.; например: *Сулейменов М.К.* Международное частное право в системе права // В кн.: *Международное публичное и частное право: проблемы и перспективы. Liber amicorum в честь проф.Л.Н. Галенской* / Под ред. С.В. Бахина. СПб.: Изд. дом С.-Петербург. гос. ун-та. Изд-во юрид. фак-та С.-Петербург. гос. ун-та, 2007. С. 361; его же. *Арбитраж в Казахстане: вопросы теории и практики* // *Юрист*. 2010. №11.

<sup>2</sup> См., например: *Баймолдина З.Х.* Гражданское процессуальное право Республики Казахстан: Учебник. В 2 т. Т. 2. Гражданский процесс. Учебник / Под ред. В.А. Мусина, Н.А. Чечиной, Д.М. Чечота. – М.: Проспект, 1998. С. 421-430; *Коршунов Н.М., Мареев Ю.Л.* Гражданский процесс: Учебник для вузов. – М.: Норма, 2006. С. 809-846; *Арбитражный процесс: Учебник для вузов* / Под ред. М. Треушников. – М.: Изд. БЕК, 1993. С. 239-259.

<sup>3</sup> Хотя я об этом писал и раньше / См., например: *Сулейменов М.К., Куанышев Б.Г.* Альтернативные процедуры рассмотрения споров. Международный коммерческий арбитраж: Сб. статей и документов (рус. и англ. яз.) / Отв.ред. И.П. Грешников. Алматы: Юрид. центр «IUS», 2002. С. 140-152; См. также *Сулейменов М.К.* Арбитражные (третейские) суды в Казахстане: прошлое, настоящее, будущее. Алматы: Каз. межд. арбитраж, НИИ частного права, 2007. С. 50-59.

Альтернативные процедуры как средство урегулирования внешнеэкономического спора можно определить как внесудебную форму защиты права. При возникновении различного рода споров неразумно сразу же восстанавливать против себя оппонента, рекомендуется предъявить претензию и обосновать свои требования, при этом следует учесть, что сами стороны в силах разрешить спор без обращения в национальный суд. Этот путь и будет фактически альтернативным разрешением споров (далее АРС). Включение в понятие АРС слова «альтернативный» приводит к некоторым разногласиям в понимании АРС. Некоторыми учеными она рассматривается в смысле альтернативной национальным (государственным) судам. Другие из АРС вычленили разбирательство в арбитражных (третейских) судах и эти процедуры ставят в альтернативу как национальным, так и арбитражным (третейским) судам.

До относительно недавнего времени традиционным было представление об АРС как о частной системе, возникшей в противовес публичному порядку разрешения споров. Поэтому к альтернативным относились все несудебные процедуры, в том числе и арбитраж. Арбитраж стал одним из наиболее распространенных органов для урегулирования конфликтов, особенно в коммерческой сфере. Но, в отличие от иных альтернативных средств, его решение является обязательным и подлежит принудительному исполнению так же, как решение государственного суда. По образному выражению Лоуренса Фридмана, арбитраж представляет собой «коктейль, состоящий из смеси публичного и частного»<sup>1</sup>.

Правовая природа арбитражного решения предопределила новую точку зрения, в соответствии с которой арбитраж не относится к АРС. Отсюда термин «альтернативные» противопоставлялся как судебному, так и арбитражному разбирательству и охватывал только консенсуальные процедуры. Действительно, процедура разрешения споров в арбитраже довольно схожа с процедурой в национальных судах, и оба этих вида сильно отличаются от собственно АРС.

Другая оценка термина «альтернативные» заключается в том, что это понятие включает такие механизмы урегулирования спора, которые могут применяться отдельно либо в разнообразных комбинациях (например, переговоры – посредничество; посредничество – арбитраж и т. п.). Альтернатива в таком случае означает выбор возможных вариантов среди несудебных средств, а не выбор между этими средствами и судебным разбирательством.

Американские юристы, как указывает Г. К. Дмитриева в своем учебно-практическом пособии «Международный коммерческий арбитраж», в настоящее время насчитывают около двадцати раз-

<sup>1</sup> См.: Фридман Л. Введение в американское право. М., 1993. С. 25.

личных процедур урегулирования споров. Однако общепринятым является деление АРС на три основных вида<sup>1</sup>:

1. Переговоры (negotiation) – урегулирование спора непосредственно сторонами без участия иных лиц.
2. Посредничество (mediation) – урегулирование спора с помощью независимого нейтрального посредника, который способствует достижению сторонами соглашения.
3. Арбитраж (arbitration) – разрешение спора с помощью независимого нейтрального лица – арбитра, который выносит обязательное для сторон решение.

Как видно, критериями для такого деления служат участие в урегулировании разногласий третьего лица и его полномочия. Элементы этих трех основных видов комбинируются в многообразные варианты. Так, переговоры почти всегда являются частью любой другой процедуры.

Как мы выше установили, международное гражданское процессуальное право относится к публичному праву.

Иной подход должен быть к международному арбитражному (третейскому) праву.

Арбитражные (третейские) суды создаются по воле сторон, являются негосударственными и не входят в систему правосудия.

Арбитражное (третейское) право является частноправовым способом защиты гражданских прав, целиком лежит в сфере частного права и не может быть включено в гражданский процесс, хотя почти во всех учебниках по гражданскому процессу третейское разбирательство автоматически включают в состав гражданского процесса.

Арбитражное (третейское) право представляет собой самостоятельное правовое образование внутригосударственного права<sup>2</sup> и состоит из двух крупных институтов (подотраслей): национальное третейское право и международное арбитражное право. Международное арбитражное право входит как институт в международное частное процессуальное право (международное право альтернативного разрешения споров).

Проблема заключается в том, что речь идет о процессуальных отношениях. Если применительно к третейскому разбирательству процессуальный характер отношений не вызывает сомнений, то относительно других способов АРС (переговоры, посредничество) этот вопрос требует дополнительного исследования.

Выход здесь заключается в установлении общей процессуаль-

<sup>1</sup> См.: *Дмитриева Г. К.* Международный коммерческий арбитраж. М. Проспект, 1997.

<sup>2</sup> О.Ю. Скворцов называет третейское разбирательство комплексным правовым институтом, независимым от гражданского процессуального права. Это определен шаг вперед, но не отвечает на вопрос о месте третейского разбирательства в системе права (*Скворцов О.Ю.* Институт третейского разбирательства в российском праве // Изв. вузов. Правоведение. 2004. №1. С. 149-163).

ной цели и государственного процесса, и способов АРС, которые направлены на разрешение споров и урегулирование правовых конфликтов. Процессуальное право носит обслуживающий характер по отношению к материальному праву и имеет общую процессуальную направленность (цель), связанную, как пишет Г.В. Севастьянов, «со снятием правовой неопределенности и установлением (определением) гражданских прав»<sup>1</sup>. Эта характеристика одинаково применима и к публичному процессу, и к способам АРС. Называются еще и другие факторы, позволяющие говорить о процессуальной природе способов АРС: участие лиц, способствующих сторонам в разрешении спора; стадийность (протяженность во времени); формализованность (на уровне согласованной сторонами процедуры АРС; близость отдельных принципов АРС и принципов судопроизводства; использование общих процессуальных методов, иногда общих категорий и пр.<sup>2</sup>.

Таким образом, есть все основания отнести АРС к процессуальному праву.

Что же касается определения места АРС в системе публичное – частное, то не вызывает сомнения отнесение АРС к системе частного права.

Это позволяет говорить о формировании в системе права новой отрасли права, связанной с регулированием отношений в сфере АРС. Эту отрасль можно назвать: частное процессуальное право (ЧПП)<sup>3</sup>.

Следовательно, международное частное процессуальное право составляет, с одной стороны, институт частного процессуального права, и с другой стороны, институт МЧП.

Выводы: Таким образом, международное частное право является внутривнутригосударственной комплексной отраслью частного права, включающей в себя институты основных отраслей права: международное гражданское право, международное семейное право, международное трудовое право, международное частное процессуальное право, – и регулирующих частнопроводные отношения, осложненные иностранным элементом.

В то же время совместно с МГП оно составляет еще одну комплексную отрасль права «Международное частное право и международный гражданский процесс», включающую в себя правовые образования публичного и частного права.

---

<sup>1</sup> См.: *Севастьянов Г.В.* Теоретические основы альтернативного разрешения споров: концепция частного процессуального права // В кн.: Хрестоматия альтернативного разрешения споров: Учебно-метод. мат-лы и практ. рекомендации / Сост. Г.В. Севастьянов. Спб.: АНО Ред. журнала Третейский суд, 2009. С.116.

<sup>2</sup> См.: Там же.

<sup>3</sup> Подробнее см. главу 60.4 настоящей работы.

## 55.5. МЕТОДЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВЫХ ОТНОШЕНИЙ С ИНОСТРАННЫМ ЭЛЕМЕНТОМ

МЧП, несомненно, присущ общий метод частного права – равенство участников правоотношений. Однако, наряду с этим, в МЧП имеются специфические методы, связанные с особенностями предмета МЧП.

Специфических методов МЧП два: коллизионный и материально-правовой. Рассмотрим эти методы.

**Коллизионный метод регулирования. Коллизия и выбор права.** Гражданско-правовые отношения, которые регулирует МЧП, осложнены иностранным элементом. Поэтому здесь замешано гражданское право не одного государства, а двух или нескольких государств. Однородные отношения фактически могут быть урегулированы правом разных государств по-разному. Одним и тем же фактическим обстоятельствам в разных странах может быть дана различная правовая оценка.

Например, в Казахстане дееспособность граждан наступает с 18 лет, в Японии – с 20 лет. Возникает вопрос о действительности контракта, заключенного японским гражданином в 19 лет. По праву Казахстана контракт действителен, по праву Японии нет. Возникает коллизия права.

Коллизия – латинское слово, означающее столкновение. Этот термин носит условный характер. Речь идет о коллизии законов и необходимости выбора между ними для принятия судом решения на основе того или иного права. Необходимо решить, какой из двух **коллидирующих** (сталкивающихся) законов подлежит применению на территории страны, где рассматривается дело: или право этой страны, или право иностранного государства, где находится иностранный элемент.

Коллизионная проблема – проблема выбора права – типична прежде всего для МЧП. В других отраслях права вопросы коллизионных законов имеют подчиненное значение, а здесь именно коллизионная проблема и ее устранение составляет основное содержание отрасли.

Недаром в ряде стран эта отрасль называется «коллизионное право». Таким образом, коллизионное право – объективно возникающее явление, которое порождается двумя причинами: наличием иностранного элемента в гражданско-правовом отношении и различным содержанием гражданского права разных государств, с которым это правовое отношение связано.

Оставить на усмотрение случая проблему выбора права государства, конечно, не могли. В каждом государстве эта проблема решается или делаются попытки их решить с помощью коллизионных норм, указывающих, какой закон подлежит применению в том или ином случае.

**Коллизионная норма и коллизионное право.** Коллизионная норма – это норма, определяющая, право какого государства должно быть применено к соответствующему гражданскому правоотношению, осложненному иностранным элементом.

Коллизионная норма не определяет решение спора по существу, это норма отсылочного характера, ею можно руководствоваться только вместе с какими-либо материально-правовыми нормами, к которым она отсылает.

Вместе с тем коллизионную норму нельзя рассматривать как простую информационную справку о том, какое право применять. Она решает и вопросы регулирования отношений, хотя бы и косвенно, через материально-правовую норму. Коллизионная норма не просто отсылает к определенной правовой системе, оно отыскивает право, которое наиболее приемлемо для данных отношений. Возможна отсылка только к материальным нормам иностранного права, или ко всей системе, включая ее коллизионные нормы, когда возникает вопрос о так называемой обратной отсылке. Все более широкое признание получает концепция отыскания права, наиболее свойственного природе данного отношения путем выявления наиболее целесообразных коллизионных привязок.

Совокупность коллизионных норм того или иного государства составляет коллизионное право этого государства. Оно носит национальный характер и является частью национального права соответствующего государства (казахстанское коллизионное право, английское коллизионное право и т.д.).

Коллизионное право – это основная часть МЧП, определяющая его характерные черты и особенности. Так же, как и коллизионное право, МЧП в целом носит национальный характер. В отличие от МП, единого для всех государств, МЧП существует в рамках национального права каждого государства (казахстанское МЧП, немецкое МЧП и т.д.).

Рассмотрим пример с японским гражданином, заключившим договор в 19 лет. Дело рассматривалось в казахстанском суде. Подсудность или юрисдикция – это другая, тоже сложная проблема. Ее обойдем. За аксиому примем рассмотрение дела в казахстанском суде. Но прежде чем решить дело по существу, необходимо решить, право какой страны применяется – Казахстана или Японии. То есть в казахстанском праве надо найти норму, которая отвечала бы на коллизионный вопрос.

Согласно п. 3 ст. 1095 ГК дееспособность физического лица в отношении сделок определяется по праву страны места совершения сделок. Если сделка была совершена в Казахстане, японский гражданин является дееспособным, следовательно, сделка является действительной. Если сделка заключена в Японии, то при рассмотрении дела в казахстанском суде сделка может быть признана недействительной



ввиду того, что в Японии дееспособность наступает в 20 лет, а японскому гражданину в момент совершения сделки было 19 лет.

**Коллизионно-правовой метод** регулирования гражданско-правовых отношений с иностранным элементом – это такой метод, сущность которого заключается в выборе права той или иной страны для разрешения конкретного гражданского дела. Этот метод называют также отсылочным. Выбор права осуществляется посредством коллизионных норм, которые отсылают к праву конкретного государства.

Исторически – это первый метод. Стали возникать многочисленные коллизионные проблемы, которые надо было решать. Появились коллизионные нормы.

В течение долгого времени МЧП развивалось только как коллизионное право. В некоторых странах (Англия, США, ФРГ, Япония) такая позиция сохранилась и по настоящее время. Там оно называется коллизионным.

Несмотря на традиционность, применение коллизионного метода связано с большими трудностями юридико-технического характера. Некоторые обусловлены национальным характером коллизионных норм. В разных странах они разные, а от выбора права зачастую зависит исход решения суда.

В случае с японцем коллизионный вопрос решался по казахстанскому коллизионному праву и он был решен в пользу гражданского права РК. Если бы иск решался по японскому праву, то там действует норма, что дееспособность определяется по законам государства, гражданином которого он является. Следовательно, было бы применено японское гражданское право.

Описываемое явление носит название «коллизии коллизий», то есть коллизии коллизионных норм, и является деструктивным фактором в организации международного гражданского оборота.

Расхождение в содержании коллизионного права разных государств приводит к появлению так называемых «хромающих отношений». Это такие отношения, которые по праву одного государства являются юридически действительными, законными, а по праву другого государства они незаконны и не порождают никаких юридических последствий (например, многоженство запрещено в Казахстане, но допускается в исламских странах). Такие отношения возникают, часто порождая трудности в реализации международных гражданско-правовых связей.

Затруднения также возникают из-за того, что многие государства не имеют систематизированных коллизионных норм либо они слабо развиты.

Сложность проблем коллизионного метода порождает серьезные, подчас непреодолимые трудности. С конца XIX века начался процесс унификации, то есть создания единообразных (унифицированных) коллизионных норм.

Унификация осуществляется с помощью международных дого-

воров. Государства берут на себя обязательство применять сформулированные в договоре единообразные коллизионные нормы по определенному кругу гражданских правоотношений.

Это снимает частично проблемы: коллизия коллизий, хромающие отношения, пробелы в национальном коллизионном праве.

Однако унификация коллизионного права не получила большего распространения. Например, в начале века (1902 и 1905 годы) было принято пять конвенций, устанавливающих правила разрешения коллизий по ряду вопросов в сфере семейно-брачных отношений (Гаагские конвенции о семье 1902-1905 гг.). Однако эти конвенции не получили широкого распространения, хотя в 70-е годы некоторые были заменены новыми. Их ратифицировали лишь некоторые европейские страны.

Из других соглашений можно назвать конвенцию о праве, применимом к купле-продаже (1986 г.).

Наиболее удачна региональная унификация латиноамериканских стран. На VI южноамериканской конференции в 1928 г. был принят договор – Кодекс Бустаманте (известный кубинский юрист), состоящий из 437 статей. Его подписали 15 государств Центральной и Южной Америки.

Коллизионный способ выражается в 2 формах:

1. Национально-правовая – посредством национальных коллизионных норм, разработанных каждым государством самостоятельно.

2. Международно-правовая – посредством унифицированных коллизионных норм, разрабатываемых государствами совместно в международных соглашениях.

Материально-правовой метод регулирования гражданско-правовых отношений – это такой метод, сущность которого заключается в создании специальных норм гражданско-правового характера, которые должны непосредственно применяться к данным отношениям, минуя коллизионную стадию, стадию выбора права.

Еще в 1940 г. И.С. Перетерский и С.Б. Крылов писали, что рассматривать МЧП лишь как коллизионное право – значит сужать действительный характер МЧП.

Материально-правовой метод реализуется тоже в двух формах: путем заключения международных договоров и путем издания внутренних материальных норм, регулирующих гражданско-правовые отношения с иностранным элементом.

Международно-правовая форма получила развитие с 1965 г. Представитель Венгрии поставил в Генеральной Ассамблее ООН вопрос о мерах для прогрессивного развития МЧП – не коллизионного, а унификации частного права главным образом в сфере международной торговли.

Национально-правовая форма – это внутренние материальные нормы, нормы внутреннего законодательства, которые непосред-

ственно без применения коллизионных норм регулируют отношения с иностранным элементом.

Вопрос о внутренних материальных нормах является дискуссионным.

Одни авторы (И.С. Перетерский, М.М. Богуславский, В.П. Звевков, М.Н. Кузнецов) включают эти нормы в МЧП, другие (Л.А. Лунц, Г.К. Матвеев, Г.К. Дмитриева) – нет.

На наш взгляд, эти нормы следует включать в МЧП, хотя граница между гражданским правом и МЧП действительно стирается, так как эти нормы, несомненно, входят и во внутреннее гражданское законодательство. Однако это специальное законодательство (*lex specialis*).

Речь идет не об общих нормах гражданского законодательства, подлежащих применению к правоотношениям с иностранным элементом в силу отсылки к ним коллизионных норм, а о специальных нормах, непосредственно установленных государством для регулирования внешнеэкономических отношений. Нормы специального законодательства не сливаются с другими нормами внутренней системы права, а носят обособленный характер. Эти нормы приняты исключительно для регулирования отношений с иностранным элементом.

Специфика этих норм заключается в том, что они решают тот или иной вопрос по существу, не используя коллизионный метод<sup>1</sup>.

К таким нормам, в частности, относятся нормы, определяющие:

- а) регулирование внешнеэкономической деятельности;
- б) правовое положение предприятий с иностранным участием;
- в) режим инвестиционной деятельности казахстанских инвесторов за рубежом;
- г) статус граждан Казахстана за рубежом;
- д) права и обязанности иностранных граждан и юридических лиц в Казахстане в сфере гражданского, семейного, трудового и процессуального права<sup>2</sup>.

Но значение таких норм будет уменьшаться. В Законе РК от 27 декабря 1994 г. «Об иностранных инвестициях» был установлен национальный режим. То же во всех остальных сферах. Таким образом, с развитием законодательства исчезает необходимость в специальном законодательстве для иностранцев. Недаром Закон об иностранных инвестициях после принятия Закона об инвестициях был отменен.

Международно-правовая форма осуществляется путем унификации материально-правовых норм посредством заключения международных договоров.

Унификация международных норм не устраняет противоречий

<sup>1</sup> См.: *Богуславский М.М.* Международное частное право: Учебник. 3-е изд. М.: Юристъ, 1998. С. 21.

<sup>2</sup> Там же. С. 77-78.

между нормами различных правовых систем. Даже если в странах действуют одинаковые системы (например, и во Франции, и в Бельгии действует Кодекс Наполеона) – все равно нельзя применять Кодекс Наполеона, надо применять или ГК Франции, или ГК Бельгии. То есть остается коллизия – выбор права.

Но если путем заключения международного договора стороны выразят волю к единообразному регулированию определенного вида гражданских отношений (например, Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров, или Договор к Энергетической Хартии), то снимается предпосылка возникновения коллизии и ликвидируются условия применения коллизийной нормы. Унификация материального гражданского права заключается в преодолении коллизийной проблемы.

Унификация возникла в конце XIX в. Национальное гражданское право оказалось неприспособленным к международному общению. Коллизийные нормы не срабатывали. Поэтому стали принимать международные договоры. Например, Женевские конвенции о векселях 1930 г., Женевские конвенции о чеках 1931 г.

Унификация гражданского права – более совершенный способ регулирования, его широкое внедрение может снять все недостатки коллизийно-правового метода и обеспечить гармонизированное регулирование международных гражданских отношений. К сожалению, это идеал, далекий от воплощения.

Унификация предполагает высокий уровень сотрудничества, основывающегося на доверии. Стремление создать единое правовое пространство – европейское и мировое – может содействовать процессу унификации.

Унификация различается универсальная, региональная и двусторонняя.

В договорах и других актах универсальной унификации могут участвовать любые государства мирового сообщества.

Региональная унификация – понятие достаточно условное, так как оно означает не только и не столько унификацию права государств одного региона, сколько государств, объединенных в определенную экономическую или политико-экономическую группировку (например, директивы ЕС или Таможенный кодекс Евразийского союза).

Двусторонняя унификация предназначается для единообразного регулирования отношений двух государств, имеющих особое значение для двух государств (договоры о правовой помощи, двусторонние инвестиционные договоры)<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> См.: Проблемы унификации международного частного права: Монография / Отв. ред. А.Л. Маковский, И.О. Хлестова. М.: Институт зак-ва и сравнительного правоведения при Правительстве РФ; ИД Юриспруденция, 2012. С. 8; Унификация международного частного права в современном мире: сборник статей / Отв. ред. И.О. Хлестова. М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ: ИНФРА-М, 2015.

Помимо унификации, все большее распространение получает гармонизация законодательства различных стран.

В зависимости от целеполагания сложилось два вида гармонизации: стихийная и целенаправленная. При стихийной гармонизации цели сближения права не ставилось, решались конкретные задачи развития своего права: использование права победителя, навязывание права колонизаторов зависимым территориям и т.п.

Целенаправленная гармонизация – продукт более позднего развития общества. Особую роль в общем процессе гармонизации играет рецепция – заимствование одним государством отдельных норм, институтов или более крупных массивов права другого государства (например, рецепция римского права европейскими государствами).

Рецепция относится к односторонней гармонизации. Гармонизация бывает и взаимной, в том числе двусторонней, многосторонней и универсальной.

Как правило, она осуществляется в форме резолюций международных организаций, прежде всего предусматривающих создание модельных или типовых законов. Так, можно назвать широко известный Типовой закон о международном коммерческом арбитраже, разработанный Комиссией ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) и одобренный Генеральной Ассамблеей ООН. На сегодняшний день соответствующие законы приняли более 70 государств, в том числе Казахстан.

Можно назвать также Модельный гражданский кодекс для государств – участников СНГ, принятый Межпарламентской Ассамблеей государств – участников СНГ 17 февраля 1996 г. Он сыграл большую роль в создании национальных Гражданских кодексов стран СНГ, в том числе ГК РК.

Большое значение имеют также документы, принятые отдельными международными организациями, такие, например, как ИНКОТЕРМС, разработанный Международной торговой палатой, или Принципы УНИДРУА, разработанные Международным институтом по унификации частного права<sup>1</sup>.

Материально-правовой метод, в отличие от коллизионного, именуемого отсылочным, называют методом прямого регулирования<sup>2</sup>.

Преимущества материально-правового метода:

1) материально-правовые нормы непосредственно регулируют гражданско-правовые отношения с иностранным элементом, а коллизионные нормы отсылают к общему праву государства. При

<sup>1</sup> См.: Унификация и гармонизация в международном частном праве. Вопросы теории и практики: Монография / Отв. ред. Г.К. Дмитриева, М.В. Мажорина. М.: Норма: ИНФРА-М, 2016. С. 21-30.

<sup>2</sup> Международное частное право: Учебное пособие / Г.К. Дмитриева, А.С. Довгерт, В.П. Панов, Н.А. Шебанова и др. М.: Юрист, 1993. С. 18-20.

материально-правовом методе применяется специальное регулирование, а при коллизионном – общее регулирование;

2) использование метода прямого регулирования создает гораздо большую определенность для участников отношений, поскольку материальные нормы известны им и применяющим органам заранее;

3) применение метода прямого регулирования при создании материально-правовых норм в международных договорах позволяет в большей степени избежать односторонности при правовом регулировании. Сами государства на основе согласования создают нормы. При унификации коллизионных норм противоречия односторонности устраняются частично, так как все равно применяется право одного из государств<sup>1</sup>.

Таким образом, **материально-правовой метод осуществляется в двух формах:**

1) международно-правовая – посредством унификации материального права, проводимой государствами совместно в международных договорах;

2) национально-правовая – посредством создания специального материально-правового законодательства в рамках гражданского права, регулирующего гражданско-правовые отношения с иностранным элементом.

**Вывод.** Таким образом, МЧП присущи два метода регулирования:

1) коллизионно-правовой (отсылочный), который осуществляется в двух формах:

а) национально-правовая – внутренние коллизионные нормы;

б) международно-правовая – унификация коллизионных норм в международных договорах;

2) материально-правовой (метод прямого регулирования), который осуществляется в двух формах:

а) национально-правовая – создание специальных гражданско-правовых норм, регулирующих гражданско-правовые отношения с иностранным элементом;

б) международно-правовая – унификация материального гражданского права в международных договорах.

## 55. 6. СИСТЕМА МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

Следует выделить два аспекта системы МЧП:

**Система МЧП как отрасли права.** Это система нормативного массива МЧП. Здесь можно выделить нормы собственно гражданского права, семейного права, трудового права, международного частного процессуального права в той части, в которой они регулируют частные отношения, осложненные иностранным элементом.

---

<sup>1</sup> См.: *Богуславский М.М.* Международное частное право: Учебник. 3-е изд. М.: Юристъ, 1998. С. 80-81.

Соответственно можно выделить институты внутри этих подотраслей (вещное право, договорное право, право интеллектуальной собственности, наследственное право, заключение брака и т.п.).

Кроме того, нормы МЧП можно разделить по другому критерию (отсылочного или прямого действия): коллизионные нормы и материально-правовые нормы.

Система МЧП как учебного курса. В учебном курсе МЧП выделяются собственно международное частное право и международный гражданский процесс.

В МЧП выделяются две части: Общая и Особенная.

Общая часть:

- понятие МЧП;
- источники МЧП;
- общие понятия и принципы (методы регулирования, учение о коллизионных нормах, национальный режим и режим наибольшего благоприятствования, взаимность и реторсия и др.);

– субъекты МЧП.

Особенная часть:

- вещные права;
- внешнеэкономические сделки;
- международные расчеты и кредиты;
- международное транспортное право;
- обязательства из причинения вреда;
- право интеллектуальной собственности;
- наследственное право;
- международное семейное право;
- международное трудовое право;
- международное частное процессуальное право

В международном гражданском процессе (МГП) выделяются:

- понятие МГП;
- источники МГП;
- процессуальное положение иностранцев, лиц без гражданства, международных организаций и иностранных государств;
- компетенция судов;
- судебные поручения;
- признание и исполнение решений иностранных судов;
- нотариальные действия.

Международное частное процессуальное право и международное гражданское процессуальное право вместе составляют международное процессуальное право.

## **Глава 56. ГОСУДАРСТВО КАК СУБЪЕКТ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА**

---

### **56.1. ОТНОШЕНИЯ, В КОТОРЫХ УЧАСТВУЕТ ГОСУДАРСТВО НА МЕЖДУНАРОДНОЙ АРЕНЕ**

Эти отношения можно разделить на две группы:

1) Международные отношения – регулируются международным публичным правом;

2) Отношения, в которых, с одной стороны, выступает государство, с другой – иностранные юридические и физические лица, регулируются МЧП.

Эти отношения могут быть самыми разнообразными, в том числе купля-продажа товаров, оказание услуг. Например, государство выступает заказчиком в отношениях по государственным закупкам. В сделках, совершаемых торговыми представительствами (строительство зданий для посольств, покупка оборудования, аренда земельного участка, наем жилого дома), государство является покупателем, арендатором, заказчиком. Государство может быть участником односторонней сделки, когда оказывается наследником по завещанию или наследником выморочного имущества, оставшегося после смерти граждан РК за границей.

Однако наиболее важными для Казахстана являются два вида гражданско-правовых отношений: контракты по предоставлению недр в пользование иностранным инвесторам и получение кредитов от иностранных заемщиков (простой договор займа, синдицированный заем, эмиссия (выпуск) еврооблигаций).

Государство выступает как особый субъект гражданского права, что в значительной степени связано с двойственностью положения государства: с одной стороны, оно является властным субъектом; с другой стороны, вступая в гражданские правоотношения, оно должно выступать в качестве равноправного субъекта, не используя своих властных полномочий. На практике эти две функции государства нередко смешиваются, что приводит к ущемлению прав другого контрагента по договору, заключенного с государством.

В ГК подчеркивается именно гражданско-правовой характер отношений государства с контрагентами по договору.

В ст. 1102 ГК закрепляется:

«К гражданско-правовым отношениям с иностранным элементом с участием государства правила настоящего раздела применя-



ются на общих основаниях, если иное не предусмотрено законодательными актами Республики Казахстан».

К гражданско-правовым отношениям с иностранным элементом с участием государства применяются не только нормы раздела VII ГК, но и общие положения ГК о субъектах гражданского права.

В ст. 111 ГК закреплены три основных положения, характеризующих участие государства в гражданско-правовых отношениях:

1. Республика Казахстан выступает в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, на равных началах с иными участниками этих отношений.

2. От имени Республики Казахстан могут своими действиями приобретать и осуществлять имущественные и личные неимущественные права и обязанности, выступать в суде органы государственной власти и управления Республики Казахстан в рамках их компетенции, установленной законодательными актами, положениями или иными актами, определяющими статус этих органов.

Законодательными актами закреплён особый статус правительства РК, которое выступает в гражданском обороте от имени государства. Из других государственных органов, чье право выступать от имени государства закреплено законодательными актами, можно назвать уполномоченный орган по приватизации – в сфере приватизации государственного имущества (Закон о государственном имуществе), Министерство финансов в сфере государственных займов и государственных гарантий по займам (Бюджетный кодекс РК).

В некоторых законах (например, Кодексе о недрах и недропользовании и о нефти) дается определение компетентного органа, который имеет право от имени государства заключать контракты на недропользование, и правительству предоставляется право определять этот компетентный орган.

В то же время в случаях и в порядке, предусмотренных законодательством по специальному поручению Республики Казахстан и от ее имени могут выступать иные государственные органы, юридические лица и граждане.

3. Гражданско-правовые споры с участием государства разрешаются судами.

Все эти три положения применяются и к административно-территориальным единицам, когда они участвуют в гражданско-правовых отношениях. В п.4 ст. 112 ГК закреплено, что на административно-территориальную единицу и ее органы распространяются положения ГК об участии соответственно государства и его органов в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, если иное не вытекает из законодательства.

Административно-территориальная единица (область, район, город) не слишком часто выступает в отношениях, осложненных иностранным элементом, например, в приграничных районах или

при заключении договора с иностранным инвестором на строительство социально-культурного объекта в рамках выполнения контракта на недропользование.

Государство отвечает по своим обязательствам имуществом государственной казны, а административно-территориальная единица отвечает по своим обязательствам имуществом местной казны (ст. 113 ГК).

К государству и административно-территориальной единице применяются нормы, определяющие участие юридических лиц в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, если иное не вытекает из законодательных актов (ст. 114 ГК).

Все эти общие положения применяются к гражданско-правовым отношениям, осложненным иностранным элементом, с участием государства.

Республика Казахстан, участвуя во внешнеэкономическом обороте, реализует свое участие через свои органы в соответствии с их полномочиями, закрепленными в законодательстве РК.

Так, Республика Казахстан осуществляет внешнеэкономическую деятельность за границей через деятельность торговых представительств. Например, в соответствии со ст. 1 Положения о торговом представительстве РК в Российской Федерации, утвержденного Постановлением Правительства РК от 31 июля 2012 года №1011, торговое представительство Республики Казахстан в Российской Федерации является государственным учреждением, действующим от имени Правительства Республики Казахстан и осуществляющим в Российской Федерации защиту интересов Республики Казахстан в области внешнеторговой деятельности.

Торговое представительство вступает в гражданско-правовые отношения от собственного имени.

Торговое представительство имеет право выступать стороной гражданско-правовых отношений от имени Республики Казахстан, если оно уполномочено на это в соответствии с законодательством Республики Казахстан.

По обязательствам торгового представительства несет ответственность Правительство Республики Казахстан.

Торговое представительство не отвечает по обязательствам казахстанских участников внешнеторговой деятельности, а казахстанские участники внешнеторговой деятельности не отвечают по обязательствам торгового представительства.

## **56.2. ИНОСТРАННОЕ ГОСУДАРСТВО КАК СУБЪЕКТ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВЫХ ОТНОШЕНИЙ В КАЗАХСТАНЕ**

Определенные сложности возникают с определением объема прав иностранных государств по приобретению имущества на праве собственности и совершению других гражданско-правовых сделок в Ка-

захстане. В частности, это касается возможности приобретения земельных участков на праве собственности иностранными государствами.

При подготовке проекта Земельного кодекса на уровне Конституционного Совета РК возник вопрос о том, что предоставление земельных участков в собственность иностранным государствам противоречит Конституции РК, в частности нормам п. 2 ст. 2 Конституции РК «Государство обеспечивает целостность, неприкосновенность и неотчуждаемость своей территории» и п. 3 ст. 6 «Земля может находиться также в частной собственности на основаниях, условиях и в пределах, установленных законом» (в том смысле, что эта норма не может распространяться на иностранные государства).

В Конституции РК предусмотрены только две формы собственности: государственная и частная (п. 1 ст. 6). То же касается и собственности на землю (п.3 ст. 6). Поэтому по правилам логики все, что не относится к государственной собственности, является частной собственностью.

Под государством здесь понимается только Республика Казахстан, следовательно, собственность иностранных государств на территории Республики Казахстан будет выступать как частная собственность.

Именно в таком смысле, что частная собственность – это негосударственная собственность, сформулирована ст. 191 ГК. В соответствии с п.1 ст. 191 ГК частная собственность выступает как собственность граждан и негосударственных юридических лиц и их объединений.

Поскольку ст. 191 ГК рассчитана на внутригосударственные отношения, в ней не упоминается ни об иностранных гражданах и юридических лицах, ни об иностранных государствах.

Иностранные граждане и юридические лица подпадают под действие статьи в силу действия национального режима (п.4 ст. 12 Конституции РК, п. 7 ст. 13, ст. 12 п. 1 ст. 1095 ГК), в силу которого они пользуются такими же правами и несут те же обязанности, что и граждане и юридические лица РК, если иное не установлено законодательными актами.

О государстве специально не упоминается в ст. 191, так же как и в других статьях РК, так как здесь применяются общие принципы об участии государства в правовых отношениях: когда государство участвует в гражданском обороте как равноправный субъект права, ГК применяется на общих основаниях.

Здесь можно применить, в частности, ст. 114 ГК: «К государству и административно-территориальным единицам применяются нормы, определяющие участие юридических лиц в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, если иное не вытекает из законодательных актов». Эта норма больше применима к государству Республика Казахстан.

Что касается иностранного государства, то в отношении него применяется специальная ст. 1102 ГК «Участие государства в гражданско-правовых отношениях с иностранным элементом», которая гласит: «К гражданско-правовым отношениям с иностранным элементом с участием государства правила настоящего раздела (то есть раздела VII. Международное частное право. – М.С.) применяются на общих основаниях, если иное не предусмотрено законодательными актами Республики Казахстан».

Таким образом, когда иностранное государство приобретает в собственность какое-либо имущество на территории РК, оно выступает не как государство, обладающее суверенитетом и наделенное властными функциями, а как обычный участник гражданского оборота, и к нему применяются нормы о юридических лицах. Это обычная гражданско-правовая сделка купли-продажи, не требующая ни какого-то разрешения, ни ратификации Парламентом, ни территориальных уступок.

В законодательстве РК есть нормы, прямо разрешающие иностранным государствам и международным организациям приобретать собственность на территории РК.

В соответствии со ст.1 Закона об иностранных инвестициях под иностранным инвестором понимались не только иностранные граждане и юридические лица, но и иностранные государства и международные организации. Следовательно, последние смогли приобретать имущество на территории РК. В настоящее время этот Закон отменен, но и в Законе об инвестициях и в Предпринимательском кодексе (ст. 280), допускается переход прав на инвестиции от инвестора иностранному государству. То есть иностранное государство становится собственником этих инвестиций на территории РК.

Если применить общие положения гражданского права к отношениям собственности на землю (это предусмотрено п. 4 ст. 6 Земельного кодекса), то получается, что, так как в Земельном кодексе не предусмотрены ограничения для иностранных государств в приобретении права на землю (запрет есть только для землепользования – п. 7 ст. 6), они могут приобретать такое право в тех же пределах, что и иностранные юридические лица (п.2 ст. 23 Земельного кодекса).

При толковании п.2 ст. 2 Конституции РК следует исходить из понятия территории. В том же п.2 ст. 2 Конституции РК говорится о том, что «суверенитет Республики распространяется на всю территорию». То есть понятие территории неразрывно связано с суверенитетом. В соответствии с международным правом государственной является такая территория, которая находится под суверенитетом определенного государства, то принадлежит определенному государству, осуществляющему в ее пределах территориаль-

ное верховенство. Принадлежность и верховенство являются двумя основными признаками государственной территории<sup>1</sup>.

Говоря о том, что территория принадлежит тому государству, в пределах границ которого она находится, следует иметь в виду, что речь идет о принадлежности в международно-правовом положении. В последнее время в международном праве утверждается концепция, согласно которой государственная территория – не вещь, принадлежащая государству, а пространственный предел, в котором оно существует и действует как политическая организация власти<sup>2</sup>.

Эта концепция нашла закрепление и в законодательстве РК. В ст. 2 Закона о государственной границе закреплено, что Республика Казахстан рассматривает государственную границу как линию, определяющую пространственный предел территории (суши, вод, недр, воздушного пространства), на которой РК обладает всей полнотой суверенных прав.

Важное значение для определения территории имеет государственная граница. В соответствии со ст. 1 Закона о государственной границе государственная граница РК есть линия и проходящая по ней вертикальная поверхность, определяющая пределы территории – суши, вод, недр и воздушного пространства Казахстана.

Для реализации суверенных прав государства существенное значение имеет понятие юрисдикции. Последнее есть появление суверенитета, и означает государственную власть, ее объем и сферу действия. Одним из основных принципов юрисдикции является территориальный принцип. В пределах своей территории и сфере действия своего суверенитета государства осуществляют полную юрисдикцию.

Таким образом, мы видим, что понятие территории целиком связано с международно-правовыми принципами и никак не соотносится с понятием собственности.

Территориальное верховенство включает власть (*imperium*) и суверенные владения (*dominium*). Последнее отлично от гражданского права собственности (также *dominium*) Оно состоит в праве распоряжаться государственной территорией и ее ресурсами, включая передачу той или иной части иностранному государству. Гражданское право собственности существует в рамках установленного государством закона. Приобретение права собственности на земельный участок не исключает его из государственной территории, даже если собственником становится иностранное государство<sup>3</sup>.

Различная правовая природа понятий «территория» и «собствен-

<sup>1</sup> См.: например, Международное право. Изд. 2-ое / Отв ред. Ю.М. Колосов, В.И. Кузнецов. М.: Международные отношения, 1998. С. 90.

<sup>2</sup> См.: Там же. С. 95.

<sup>3</sup> См.: Лукашук И.И. Международное право: Учебник. Особенная часть. М.: Изд-во БЕК, 1997. С. 1.

ность» обосновывается в литературе по публичному международному праву. При абсолютной монархии государственная территория, как отмечает автор, рассматривалась как вещь, находящаяся в собственности одного монарха, государственные принципы определяли границы этой собственности. Однако с развитием институтов частной собственности такая доктрина прав на территорию государства и ее ресурсы уступила место другим воззрениям, согласно которым право собственности, являясь исключительным правом, не может осуществляться одновременно государством и частными лицами. Если бы территория была собственностью государства, то никто не мог бы иметь поземельной собственности. Если же само государство все же имеет земельную собственность, то в этом случае оно выступает лишь в качестве частного лица и пользуется собственностью по правилам частного владения. Территориальное верховенство входит в сферу публичного права, тогда как собственность входит в сферу частного права, и, следовательно, эти два рода господства над земной поверхностью не совпадают друг с другом<sup>1</sup>.

Закрепление в п.2 ст. 2 Конституции РК нормы: «Государство обеспечивает целостность, неприкосновенность и неотчуждаемость своей территории» означает реализацию суверенных прав государства на свою территорию. Приобретение собственности на земельный участок иностранными государствами никак не влияет на целостность и неотчуждаемость территории. Территория как пространственный предел остается неизменной, это подтверждается тем, что неизменными остаются государственные границы, а граница является сущностным признаком территории, ибо именно она определяет пространственный предел территории.

Изменение границы может произойти только в результате территориальных уступок со стороны одного государства в пользу другого. Это может произойти в результате захвата территории, но и в результате отчуждения государством своей территории (классический пример – продажа Россией Америке Аляски). Но этот договор отчуждения является международно-правовым договором, требует ратификации Парламентом (часть 2 ст. 1 Закона о государственной границе: «Государственная граница определяется международными договорами Республики Казахстан, ратифицированными Парламентом Республики Казахстан»). Этот международно-правовой договор является реализацией суверенных прав государств и не имеет ничего общего с гражданско-правовым договором купли-продажи иностранным государствам земельного участка на территории другого государства, когда государство выступает не как суверенная власть, а как частный субъект, совершающий частную сделку.

При этом надо иметь в виду, что земельные участки, переданные в собственность для размещения дипломатических представи-

---

<sup>1</sup> См.: Барсегов Ю.Г. Территория в международном праве. М., 1958. С. 15, 22.

тельств, аккредитованных в Республике Казахстан, являются собственностью иностранных государств (международных организаций). Дипломатическое представительство, как и любое другое представительство, в принципе не может обладать какой-либо собственностью. Они всегда выступают не от своего имени, а от имени создавшего их государства (международной организации). В случае заключения гражданско-правовой сделки к представительству применяются общие положения гражданского права о представительстве, когда права и обязанности по сделке возникают не у представителя, а у представляемого (ст. 163 ГК). Таким образом, можно сделать вывод о том, что нормы п.2 ст. 2 и п. 3 ст. 6 Конституции РК предусматривают возможность предоставления земельных участков в собственность иностранных государств и международных организаций не только для размещения их дипломатических представительств, но для любых других целей. Следовательно, Парламент республики вправе предусмотреть в Законе, регулирующем земельные правоотношения в РК, возможность передачи земельных участков в собственность иностранных государств и международных организаций как для размещения дипломатических представительств, так и для любых других целей.

Вопрос о пределах предоставления земельных участков в собственность иностранных государств – это вопрос не юридический (юридических препятствий вообще нет), а политический. Решение этого вопроса целиком зависит от воли и намерений законодателя.

В силу изложенного вызывает недоумение Постановление Конституционного совета Республики Казахстан от 23 апреля 2003 г. №4 «Об официальном толковании п.2 ст. 2 и п. 3 ст. 6 Конституции Республики Казахстан».

В постановлении подробно обосновывается понятие территории, территориальной целостности и унитарности, но какое отношение это имеет к частной собственности на землю иностранного государства, ничего не сказано.

По мнению Конституционного совета, из норм Конституции следует, что предоставление Республикой Казахстан иностранным государствам земельных участков для размещения аккредитованных на ее территории дипломатических представительств возможно лишь в правовой форме, не влекущей исключения этих участков из публично-правовой собственности Казахстана. Такой правовой формой является предоставление земельных участков на условиях аренды. Территория РК как общий пространственный предел, обозначенный государственной границей, сохранится.

Эта выдержка из постановления Конституционного совета представляет собой набор юридически некорректных положений. Вводится не содержащееся ни в одном нормативном правовом акте и не известное теории права понятие «публично-правовая соб-

ственность». Что это такое и как это соотносится с понятиями «территория», с одной стороны, и «частная собственность» – с другой? Почему при аренде территория РК сохранится, а при собственности – нет? Если Российская Федерация получит в собственность земельный участок в Астане для размещения посольства, этот участок будет выведен за пределы пространственного предела, обозначенного границей?

К сожалению, в силу того, что постановление Конституционного совета является окончательным, эти теоретически ущербные и практически вредные положения оказались закрепленными в системе казахстанского законодательства.

### 56.3. ИММУНИТЕТ ГОСУДАРСТВА

**Судебный иммунитет государства.** Проблема судебного иммунитета встала перед Республикой Казахстан в последние годы в связи с активным участием государства в частноправовой деятельности. Все чаще имеют место случаи предъявления исков к Правительству или Национальному Банку как государственным органам Республики Казахстан в иностранных государственных судах, причем нередко в обеспечение иска блокируются счета в зарубежных банках, накладывается арест на собственность РК за границей.

Вполне вероятной представляется ситуация предъявления исков казахстанских юридических и физических лиц к иностранным государствам (в частности, к государствам СНГ, Вьетнама или Монголии) в судах Республики Казахстан.

Поэтому возникает вопрос о законности предъявления и удовлетворения таких исков с точки зрения судебного иммунитета государства, освобождающего Республику Казахстан от судебного преследования без ее согласия. Нашим судам также необходимо быть готовыми к решению этой проблемы. Мы привыкли осознавать государство как носителя властных функций, как независимого и самостоятельного суверена, ограничивающего свою власть только на добровольной основе путем подписания международных договоров с другими государствами.

Однако государство также выступает, хотя и гораздо реже, как субъект гражданского права. Оно заключает договоры через уполномоченные им органы, приобретает право собственности (в частности, безхозяйное имущество), получает наследство (по завещанию и по закону) и т.п.

Наиболее важными для Казахстана являются заключаемые государством договоры внешнего займа и договоры на предоставление недр в пользование. Эти договоры заключаются компетентными органами (Правительство, Национальным банком, Министерством энергетики и т.п.) от имени РК и ответственность за их неисполне-



ние несет государство средствами своей казны. И чаще всего именно по этим договорам предъявляются иски к Республике Казахстан в иностранных судах.

В гражданско-правовых отношениях РК выступает на равных началах с иными участниками (ст. 111 ГК). К государству применяются нормы, определяющие участие юридических лиц в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, если иное не вытекает из законодательных актов (ст. 114 ГК).

Такое исключение предусмотрено, в частности, ГПК для иммунитета иностранного государства (п.1 ст. 422 ГПК).

Иммунитет государства вытекает из его суверенитета. Различаются четыре вида иммунитета:

1) Судебный – неподсудность одного государства судам другого государства. Это выражается в известной юридической формуле: равный над равным не имеет юрисдикции;

2) иммунитет от предварительного обеспечения иска – нельзя без согласия государства принимать принудительные меры в отношении его имущества;

3) иммунитет от принудительного исполнения судебного решения;

4) иммунитет собственности государства – собственность иностранного государства неприкосновенна.

Государство может добровольно отказаться от иммунитета. Это согласие на отказ от иммунитета должен быть ясно выражен и касаться одного или всех видов иммунитета.

Такой отказ может быть выражен: 1. В международных договорах (например, Соглашение с США о поощрении и взаимной защите капиталовложений); 2. Законодательных актах (например, Закон об иностранных инвестициях); 3. В конкретных гражданско-правовых договорах (например, контракт о разделе продукции).

Таким образом, особенностью правового режима государства как участника международной частноправовой деятельности является наличие у государства иммунитета от иностранной юрисдикции.

Юрисдикция вытекает из суверенитета государства и означает его законодательную, судебную, административную власть.

Иммунитет имеет две стороны: 1) когда он касается государства, осуществляющего частноправовую деятельность на территории другого государства; 2) когда он касается принимающего государства.

В первом случае иммунитет – это право государства на освобождение от юрисдикции другого государства, то есть на неприменение к нему принудительных мер со стороны судебных, административных и иных органов другого государства.

Во втором случае иммунитет – это отказ государства от осуществления своей полной территориальной юрисдикции, то

есть отказ от применения принудительных мер своими судебными, административными и другими государственными органами<sup>1</sup>.

Изложенные положения основаны на господствующей у нас и во всех странах бывшего Советского Союза теории абсолютного иммунитета, которая была исторически первой и в соответствии, с которой государство ни при каких обстоятельствах неподвластно другому государству без своего на то согласия.

Однако с начала XX века суды разных стран стали делать все более решительные попытки каким-то образом ограничить иммунитет государства. Наконец к 70-м годам прошлого столетия сложилась теория функционального или ограниченного иммунитета.

Существуют разные подходы к определению иммунитета. Одни ученые говорят только об ограниченном суверенитете<sup>2</sup>. Другие (их большинство) употребляют понятия «функциональный» и «ограниченный иммунитет» как синонимы<sup>3</sup>.

Третьи считают, что это разные понятия, и говорят отдельно об ограниченном иммунитете.

В данном случае принудительно – это не суть важно – главное, что при любом понимании имеется в виду ограничение иммунитета государства.

Функциональный иммунитет основан на принципиальном разграничении функций государства на два вида: публично-правовую и частноправовую. При осуществлении публично-правовых функций государство пользуется безусловным иммунитетом. Но при осуществлении частноправовой деятельности оно лишается иммунитета, причем само вступление государства в частноправовые отношения рассматривается как отказ от иммунитета.

Ограниченный иммунитет, в отличие от функционального, который формирует общий принцип (властная деятельность – частная деятельность), не формулирует общий принцип (властная деятельность – частная деятельность), не формулирует общих критериев, а

---

<sup>1</sup> См., например: Международное частное право / Под ред. Г.К.Дмитриевой. М.: Проспект, 2000. С. 248-250.

<sup>2</sup> См.: Лукашук И.И. Международное право: Учебник. Общая часть. М.: Изд-во БЕК, 1996, С. 301; Международное частное право / Под ред. Н.И. Марьшиевой. М.: Юрид. фирма «Контракт», «Инфра. М», 2000. С. 158-159; Ануфриева Л.П. Международное частное право. Т. 2. Особенная часть. М.: Изд. БЕК, 2000. С. 104.

<sup>3</sup> См.: например Звезков В.П. Международное частное право. М.: Изд. группа Норма-Инфра. М., 1999. С. 232; Хлестова И.О. Вопросы иммунитета государства в законодательстве и договорной практике Российской Федерации // В сб. Проблемы международного частного права. М.: Юрид. фирма «Контракт». С. 68; См. также: *Sucnarikul S* State Immunities and trading Activities in International Law. London 1959; *Idem*. Immunities of foreign State Before National Authorities. Recueil des Cours. 1976. t. 1. 1977; *Sinclair S.L.* The Law of Sovereign Immunity. Recent developments. Ibid. 1980. t. 11. 1981.

перечисляет конкретные случаи, когда допускается ограничение иммунитета государства.

Классическим примером воплощения ограниченного иммунитета является Европейская Конвенция об иммунитете государств и Дополнительный протокол к ней, принятые Советом Европы 16 мая 1972 года, в которых были установлены изъятия из иммунитета в ряде случаев, когда деятельность государства носит частно-правовой характер.

На теории функционального иммунитета построены принятые в 80-х годах Законы об иммунитете в ряде развитых стран.

В Законе об иммунитете иностранных государств США 1976 года указывается: иммунитет не будет признаваться, «когда основаниями для иска служат коммерческая деятельность, осуществляемая иностранным государством в Соединенных Штатах, или действие, совершенное за пределами Соединенных Штатов в связи с коммерческой деятельностью иностранного государства вне Соединенных Штатов, если это действие имело прямые последствия для Соединенных Штатов» (§1605 (a) 2). На имущество иностранного государства, находящееся в США и используемое для коммерческой деятельности в этой стране, не распространяется иммунитет от мер по аресту для обеспечения иска и от мер по обращению взыскания на имущество на основании судебного решения.

В §1603 (d) Закона США говорится, что «коммерческая деятельность означает либо регулярное осуществление коммерческого поведения, либо конкретное коммерческое действие или акт». Коммерческий характер любой деятельности определяется характером поведения или конкретного действия либо акта, а не ее целью. На аналогичных позициях стоит Английский Закон об иммунитете государства 1978 г., который определяет коммерческое действие при помощи описания его характера и перечисления типов соответствующих контрактов (ст. 3).

Примерно таково же содержание законов об иммунитете, которые были приняты в Канаде (1981 г.), Австралии (1981 г.), Пакистане (1981 г.), Сингапуре (1979 г.), ЮАР (1981 г.).

Но даже в тех странах, где нет законов об иммунитете, суды самостоятельно внедряют в практику теорию ограниченного иммунитета.

Например, в решении Федерального Конституционного Суда ФРГ 1963 года говорилось, что предоставление иммунитета зависит от того, «действует ли иностранное государство в порядке осуществления своей суверенной власти или как частное лицо, то есть в рамках частного права».

Аналогичные решения принимались судами Австрии, Греции, Италии, Швейцарии и др.

Советский Союз непоколебимо придерживался концепции абсо-

лютного иммунитета. Этой концепции до сих пор придерживается Россия. Эта концепция была заложена и в ГПК Казахской ССР. В статье 435 ГПК закреплялось: «Предъявление иска к иностранному государству, обеспечение иска и обращение взыскания на имущество иностранного государства, находящегося в СССР, могут быть допущены лишь с согласия компетентных органов соответствующего государства».

В ГПК 1999 года формула была уже иная.

В п.1 ст. 422 Гражданско-процессуального кодекса Республики Казахстан (которая была исключена новым законом) закреплялось: «Предъявление иска к иностранному государству, привлечение его к участию в деле в качестве третьего лица, наложение ареста на его имущество и задержание этого имущества в порядке обеспечения иска и обращение взыскания на это имущество допускается лишь с согласия компетентных органов соответствующего государства, если иное не предусмотрено законом или международным договором Республики Казахстан».

То есть иное уже могло быть предусмотрено законом или международным договором, что означало возможность внедрения теории ограниченного суверенитета. Но, к сожалению, все это оставалось лишь возможностью, потому что подобного закона до недавнего времени не было. Поэтому мы оказались в нелепой ситуации, когда наши суды на основании п.1 ст. 422 ГПК были обязаны испрашивать согласие компетентных органов иностранного государства, чтобы принять иск к рассмотрению, даже в случаях, когда государство заключает обычную коммерческую сделку.

При этом характерно, что иностранные суды на тот факт, что в некоторых странах сохранилась концепция абсолютного иммунитета, обращают мало внимания.

Показательно в этом отношении дело *Jackson v. People's Republic of China* (США, 1986 г.), в котором рассматривались претензии держателя облигаций, выпущенных правительством Китая в 1911 году. Правительство КНР, к которому был предъявлен иск, неоднократно заявляло, что оно не несет никакой ответственности по внешним долгам бывшего правительства, и настаивало на применении иммунитета. Правительство Китая заявило, что теория ограниченного иммунитета не может быть обязательной для тех стран, которые ее не признают. По мнению китайского правительства, эта теория «применима только к той группе стран, которые ее признали, и не применима в отношении Китая, который продолжает придерживаться принципа абсолютного иммунитета».

Суд тем не менее пришел к выводу, что выпуск государством облигаций в соответствии с §1603 (в) Закона США 1976 года следует квалифицировать как коммерческую деятельность. Суд не обратил внимания на аргументы правительства Китая. Он признал

иммунитет государства только на том основании, что Закон 1976 года не может иметь обратной силы.

Следовательно, иностранный суд мог привлечь правительство или иные государственные органы, выступающие от имени Республики Казахстан, к участию в деле при рассмотрении хозяйственных споров, игнорируя положение об иммунитете государства. Наш суд этого сделать не смог.

Поэтому очень своевременным и необходимым было принятие Закона РК от 5 февраля 2010 г., которым в ГПК была включена глава 46. Юрисдикционный иммунитет иностранного государства и его собственности.

Положения этой главы были почти без изменений включены в новый ГПК от 31 октября 2015 г. (в главу 57. Производство по делам с участием иностранных лиц (ст. ст. 477-500 ГПК).

В ГПК закреплена доктрина ограниченного иммунитета для иностранных государств. В ст. 478 ГПК установлено, что иностранное государство не пользуется в Республике Казахстан судебным иммунитетом, если оно осуществило деятельность иную, чем осуществление суверенной власти государства, в том числе в случаях, указанных в статьях 484-491 ГПК.

В этих статьях говорится о неприменении иммунитета по спорам, связанным с предпринимательской деятельностью; с участием в юридических лицах; касающимся прав на имущество; о возмещении вреда; касающимся объектов прав интеллектуальной собственности; связанным с эксплуатацией морских судов и судов внутреннего плавания; трудовым спорам.

Это правило распространено и на другие виды юрисдикционного иммунитета. Иностранное государство не пользуется иммунитетом от обеспечения иска и иммунитетом от принудительного исполнения, если находящееся на территории РК имущество иностранного государства используется и (или) предназначено для использования иностранным государством в целях иных, чем осуществление суверенной власти государства (подпункт 3) ст. 492 ГПК).

Такую позицию я поддерживаю. Я начал говорить о необходимости принятия Закона об иммунитете иностранных государств еще 10 лет назад. И неоднократно озвучивал свое мнение<sup>1</sup>. Эта идея реализована не в форме отдельного закона, а как включение специальной главы в ГПК. Это тоже приемлемо.

Каждую из статей Главы 57 нового ГПК можно детально анализировать. Но хотел бы проанализировать самый неисследованный в юридической литературе и самый непонятный в судебной прак-

<sup>1</sup> Право и внешнеэкономическая деятельность в Республике Казахстан / Отв. ред. М.К. Сулейменов. Алматы: КазГЮА, 2001. С. 60; Гражданское право. Т. 3: Учебник для вузов (академический курс) / Отв. ред.: М.К. Сулейменов, Ю.Г. Басин. Алматы, 2004. С. 446.

тике вопрос – об иммунитете от принудительного исполнения судебного решения.

О важности вопросов иммунитета государства в инвестиционных спорах говорит, например, анализ дела FIG против Республики Казахстан, рассмотренного Международным центром по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС или ICSID).

В деле *AIG Capital Partners Inc. and CJSC Tema Real Estate Company v. Republic of Kazakhstan* (ICSID Case No. ARB /01 /06) о строительстве комплекса зданий в Алматы решением ICSID от 7 октября 2003 г. иск был удовлетворен на сумму 9, 951 доллара плюс интерес. Арбитраж признал, что власти Алматы, передав землю, предоставленную под проект, городу Алматы и с помощью полиции лишив истцов их собственности, фактически осуществили экспроприацию собственности.

Истцы попытались исполнить решение ICSID в Казахстане, однако казахстанские органы отказались исполнить решение, сославшись на концепцию абсолютного иммунитета Казахстана.

Истцы обратились за исполнением в Высокий суд Англии, и на основании того, что Великобритания является участницей Вашингтонской конвенции, и в силу Закона 1966 г. об арбитраже (по международным инвестиционным спорам), Высокий суд вынес 28 января 2004 г. распоряжение о регистрации арбитражного решения ICSID в качестве судебного решения.

Истцы предъявили иск к Республике Казахстан и Национальному Банку РК о взыскании суммы требования со средств Национального фонда РК.

На том основании, что Национальный фонд находится в доверительном управлении Национального Банка РК и что он не используется для коммерческих целей, а подпадает под действие иммунитета РК, Высокий суд Англии решением от 20 октября 2005 г. отказал в принудительном исполнении.

Анализ этого дела показывает, что в инвестиционных спорах огромное значение приобретает иммунитет государства. Поэтому данная проблема нуждается в детальном исследовании.

Иммунитет государства от принудительного исполнения. В литературе и на практике основное внимание уделяют судебному иммунитету и очень мало – иммунитету от принудительного исполнения судебного решения. Основной вопрос, который обсуждается – это насколько тесно связаны между собой судебный и исполнительный иммунитет, в частности, означает ли отказ от судебного иммунитета одновременно отказ от иммунитета в отношении исполнительных действий.

В разных странах этот вопрос решается по-разному. В законах Австралии, Великобритании, Канады, Пакистана предусматривается, что согласие иностранного государства подчиниться юрисдик-

ции иностранных судов не считается согласием на применение предварительных мер и исполнительных действий. Иными словами, отказ от судебного иммунитета не означает отказ от иммунитетов от предварительных мер и исполнительных действий.

В законы США и Сингапура подобные нормы не включены, а практика американских судов исходит из прямо противоположной нормы: отказ от судебного иммунитета означает и отказ от иммунитета от исполнения. Так, в деле *Ipirtrade International v. Federal Republic of Nigeria* (1978 г.) заявитель добивался приведения в исполнение арбитражного решения, вынесенного согласно швейцарскому праву арбитражем Международной торговой палаты в Париже против федерального банка Нигерии. Рассматривая дело, федеральный районный суд установил, что арбитражное решение подлежит исполнению согласно Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г., в которой участвуют США, Франция, Швейцария и Нигерия. Суд отметил, что закон США закрепляет за федеральным районным судом юрисдикцию в отношении любого требования о выдаче приказа, относительно которого иностранное государство не пользуется иммунитетом (§ 1605-1607). Согласно закону США (п. «а» §1605) иммунитет не предоставляется, если иностранное государство прямо или косвенно отказалось от него. По мнению суда, история принятия закона 1976 г. показывает, что заключение арбитражного соглашения или соглашения о подчинении спора праву другой страны представляет собой подразумеваемый отказ. Суд пришел к выводу о том, что этот отказ является отказом от иммунитета от исполнительных действий, и издал приказ об исполнении иностранного арбитражного решения<sup>1</sup>.

В России утвердилось довольно устойчивое мнение о том, что отказ судебного иммунитета не влечет за собой отказа от иммунитета в отношении обращения взыскания на имущество государства<sup>2</sup>.

Как обстоит дело в Казахстане?

До недавнего времени никак не обстояло. Однако в новом ГПК эта проблема нашла свое решение.

В п. 2 ст. 480 ГПК содержится норма следующего содержания: «Согласие иностранного государства на отказ от судебного иммунитета не рассматривается как его согласие на отказ от иммунитета от обеспечения иска и иммунитета от принудительного исполнения судебного акта».

Это означает, что для того чтобы исполнить судебное решение в отношении иностранного государства, необходимо получить от

<sup>1</sup> См.: *Хлестова И.О.* Юрисдикционный иммунитет государства. М.: ИД «Юрисдикция», 2007. С. 73-74.

<sup>2</sup> См.: *Богуславский М.М.* Международное частное право: Учебник. 5-е изд. М.: Юристъ, 2004. С. 583.

него отказ от суверенитета в отношении исполнения судебного решения.

Мне кажется, различия между тремя видами юрисдикционного иммунитета не учитывают, когда утверждают, что согласие государства на рассмотрение спора в международном коммерческом арбитраже означает отказ государства от судебного иммунитета.

Об отказе государства от иммунитета в ряде стран (Сингапур, Великобритания, США, Пакистан) свидетельствует письменное соглашение о подчинении спора арбитражу.

Во всех почти конвенциях о взаимном поощрении и защите инвестиций предусматривается рассмотрение споров между инвестором и принимающим государством в арбитражных органах. В литературе эти нормы конвенций рассматриваются как отказ от судебного иммунитета<sup>1</sup>.

В российской литературе в качестве отказа от судебного иммунитета нередко рассматривается передача государством в соответствии со ст. 23 Закона РФ «О соглашениях о разделе продукции» споров в иностранный арбитраж или третейский суд<sup>2</sup>.

Я тоже высказывал такое мнение, указывая, что отказ государства от иммунитета может быть ясно выражен:

1) в международных договорах (например, Соглашение с США о поощрении и взаимной защите капиталовложений);

2) законодательных актах (например, Закон об иностранных инвестициях);

3) в конкретных гражданско-правовых договорах (например, контракт о разделе продукции)<sup>3</sup>.

Между тем во всех этих случаях предусматривается согласие государства на передачу споров в международный коммерческий арбитраж.

Сейчас я убежден, что согласие государства на рассмотрение спора в иностранном арбитраже не означает отказа от судебного иммунитета. Судебный иммунитет означает неподсудность судам другого государства, а не арбитражного суда, который является негосударственным частным институтом. Вообще не только судебный, но и любой юрисдикционный иммунитет целиком и полностью связан с государственными судами, будь то рассмотрение спора, обеспечение иска или принудительное исполнение.

---

<sup>1</sup> См.: *Крупко С.И.* Инвестиционные споры между государством и иностранным инвестором. М.: БЕК, 2002. С. 79; *Звеков В.П.* Международное частное право: Курс лекций. М.: НОРМА-ИНФРА. М., 1999. С. 234.

<sup>2</sup> См.: *Йоханнес Рат.* Соглашения о разделе продукции: анализ правового регулирования отношений в сфере реализации в Российской Федерации. М.: Волтерс Клувер, 2008. С. 109-110.

<sup>3</sup> Гражданское право. Т.3: Учебник для вузов (академический курс) / Отв. ред. М.К. Сулейменов, Ю.Г. Басин. Алматы, 2004. С. 446.



Что же тогда означает передача спора в арбитражный суд? На этот счет тоже есть различные точки зрения.

Например, по мнению М.М. Богуславского, заключение арбитражного соглашения государством само по себе уже означает, что государство отказалось от юрисдикционного (судебного) иммунитета. Далее он утверждает, что согласие иностранного государства на рассмотрение спора в третейском суде не означает автоматически согласие на применение обеспечительных мер и согласие на принудительное исполнение арбитражного решения. По его мнению, точно так же заключение международного соглашения о защите инвестиций, предусматривающее, что государство соглашается на рассмотрение возникающего инвестиционного спора в порядке арбитража, не означает само по себе, что оно тем самым согласилось на осуществление принудительных мер по исполнению решений<sup>1</sup>.

На мой взгляд, все должно быть с точностью до наоборот. Согласие на рассмотрение спора в третейском суде не означает отказа от судебного иммунитета, согласие на рассмотрение спора в третейском суде означает согласие на принудительное исполнение арбитражного решения.

Законодательные акты Австралии (§9 Акта об иммунитете иностранного государства 1978 г.), Великобритании (§17 об иммунитете иностранного государства 1984 г.), Пакистана (§10 Ордонанса об иммунитете иностранного государства 1981 г.), Сингапура (п. 1 §11 Акта об иммунитете государства 1979 г.) предусматривают, что заключение письменного соглашения о подчинении спора арбитражу означает отказ государства от иммунитета в области надзорных функций судов этой страны. В первоначальной редакции Закона США об иммунитетах иностранного государства 1976 г. эта норма отсутствует. Однако суды США исходили из того, что заключение арбитражного соглашения влечет отказ от иммунитета не только в отношении надзорных функций судов, но и отказ от иммунитета исполнительных действий. Например, в деле *Iptrade International v. Federal Republic of Nigeria* (1978 г.) истец добивался исполнения арбитражного решения, вынесенного в Швейцарии в соответствии с арбитражным соглашением, заключенным сторонами. Ответчик ссылался на иммунитет. В своем решении суд отметил, что «... история принятия закона 1976 г. ясно показывает, что арбитражное соглашение или подчинение праву другой стороны конструирует подразумеваемый отказ»<sup>2</sup>.

Подобной же позиции придерживается законодательство Казахстана. В ст. 482 ГПК содержится следующее правило: «Если ино-

<sup>1</sup> См.: *Богуславский М.М.* Международное частное право: Учебник. 5-е изд. М.: Юрист, 2004. С. 583.

<sup>2</sup> См.: *Хлестова И.О.* Юрисдикционный иммунитет государства. М.: ИД «Юриспруденция», 2007. С. 44-45.

странное государство выразило в письменной форме согласие на рассмотрение в арбитраже споров с его участием, которые возникли или могут возникнуть в будущем, признается, что применительно к этим спорам оно добровольно согласилось на отказ от судебного иммунитета по вопросам, касающимся осуществления судом Республики Казахстан функций в отношении арбитража».

Исполнение иностранных судебных решений: международный договор или принцип взаимности? Исполнение иностранных судебных решений в Казахстане производится только при наличии международного договора: о правовой помощи или многостороннего договора между странами СНГ (в частности, Кишиневская конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 7 октября 2002 г.).

Договоров о правовой помощи Казахстан заключил не очень много, в основном опять же со странами СНГ (с Азербайджаном, Туркменистаном, Узбекистаном, Грузией, Кыргызской Республикой), а также с Литвой, Объединенными Арабскими Эмиратами, КНДР, Пакистаном, Турцией, Монголией, КНР, Ираном.

В Казахстане существует довольно четкое представление и в теории, и в судебной практике, что исполнение иностранных судебных решений при отсутствии международного договора недопустимо.

Между тем в иностранной судебной практике допускается исполнение иностранных судебных решений при отсутствии международного договора на основании принципа взаимности.

Такое понимание получает распространение также в российской юридической литературе<sup>1</sup> и судебной практике.

В частности, Московским городским судом было отказано в приведении в исполнение решения Верховного суда юстиции Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии от 16 октября 2000 г. Основанием послужило то, что при отсутствии международного договора между Российской Федерацией и Соединенным Королевством Великобритании и Северной Ирландии о взаимном признании и исполнении решений по гражданским делам дело по ходатайству Московского народного банка Лимитэд (г. Лондон) о признании и приведении в исполнение решения Верховного суда юстиции Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии от 16 октября 2000 г. суду неподведомственно.

Судебная коллегия по гражданским делам Верховного суда РФ

---

<sup>1</sup> См.: *Муранов А.И.* Международный договор и взаимность как основания приведения в исполнение в России иностранных судебных решений. М.: Статут, 2003; *Литвинский Д.В.* Признание иностранных судебных решений по гражданским делам (сравнительно-правовой анализ французского и российского законодательства, судебной практики и юридической доктрины). СПб., Изд. дом С.-Петербург. гос. ун-та, Изд-во юрид. факта С.-Петербург. гос. ун-та, 2005. С. 340-403; *Дробязкина И.В.* Международный гражданский процесс: проблемы и перспективы. СПб.: Юридический центрПресс, 2005. С. 115-116.

определением от 7 июня 2002 г. отменила это решение, указав при этом, что судебная коллегия полагает, что ходатайство о признании и исполнении иностранного судебного решения может быть удовлетворено компетентным российским судом и при отсутствии соответствующего международного договора, если на основе взаимности судами иностранного государства признаются решения российских судов. В связи с этим при разрешении настоящего дела суду следует проверить, имели ли место случаи признания решений российских судов судами Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии, или по законодательству этого государства такие случаи исключаются<sup>1</sup>.

В России принцип взаимности закреплен только в законах о банкротстве – сначала в законе 1998 г., затем в Законе от 26 октября 2002 г. «О несостоятельности (банкротстве)»: «Решения судов иностранных государств по делам о несостоятельности (банкротстве) признаются на территории Российской Федерации в соответствии с международными договорами Российской Федерации.

При отсутствии международных договоров Российской Федерации решения судов иностранных государств по делам о несостоятельности (банкротстве) признаются на территории Российской Федерации на началах взаимности, если иное не предусмотрено федеральным законом».

В проектах ГПК РФ, Арбитражно-процессуального кодекса РФ была норма следующего содержания: «Решения иностранных судов признаются и исполняются в Российской Федерации в соответствии с международным договором или на началах взаимности».

Однако в окончательные тексты принятых законов эти нормы не вошли.

То есть практически в общем плане принцип взаимности при исполнении решений иностранных судов на законодательном уровне в РФ не закреплен. Тем не менее суды этот принцип применяют.

В Казахстане ситуация с точностью до наоборот. Принцип взаимности на законодательном уровне закреплен, однако суды не только не применяют его, но и не догадываются о его существовании.

Ведь как звучал текст п.1 ст. 425 ГК 1999 г.? А звучал он так: «Решения иностранных судов и арбитражей признаются и исполняются в РК, если это предусмотрено законом или международным договором РК на началах взаимности».

К чему в этом тексте относятся слова «на началах взаимности»? Если к международному договору, как должно быть по смыслу, то такая связка является бессмысленной, ибо международный договор применяется без всякой взаимности. Если к закону, то эти слова должны стоять до слов «международным договором».

Если понимать так, что решение исполняется на началах взаим-

<sup>1</sup> Анализ данного дела и других аналогичных дел см.: *Муранов А.И.* Указ. соч.

ности, если это предусмотрено законом или международным законом, то применительно к международным договорам получается полная бессмыслица. В договорах о правовой помощи не закреплено никакой взаимности. Означает ли данный текст, что он посвящен взаимности, а не законам и международным договорам, на основе которых исполняются решения иностранных судов? Такой вывод был бы слишком абсурдным, чтобы принимать его серьезно.

Скорее всего, при принятии ГПК здесь было пропущено слово «или». Должно быть как в проекте ГПК РФ – «международным договором или на началах взаимности». То есть, видимо, хотели включить принцип взаимности, но не смогли это выразить правильно.

В прежнем ГПК Казахской ССР от 28 декабря 1963 г. однозначно речь шла только о международных договорах. Статья 473 ГПК Казахской ССР гласила: «Порядок исполнения в Казахской ССР решений иностранных судов и арбитражей определяется соответствующими международными договорами СССР. Решение иностранного суда или арбитража может быть предъявлено к принудительному исполнению в течение трех лет с момента вступления в законную силу».

Гораздо более четко и ясно положение о взаимности выражено в новом ГПК 2015 г. Пункт 1 ст. 501 гласит:

«Решения, постановления и определения об утверждении мировых соглашений, судебные приказы иностранных судов, а также арбитражные решения иностранных арбитражей признаются и приводятся в исполнение судами Республики Казахстан, если признание и приведение в исполнение таких актов предусмотрены законодательством и (или) международным договором, ратифицированным Республикой Казахстан, либо на основе взаимности».

Принцип взаимности применительно к иммунитету государства закреплен в ст. 497 ГПК «Применение принципа взаимности», которая гласит:

«1. При рассмотрении в суде Республики Казахстан иска, предъявленного к иностранному государству, суд применяет принцип взаимности по ходатайству истца или другого участвующего в деле лица.

2. По спорам, связанным с предпринимательской деятельностью, а также по спорам, возникшим из гражданско-правовых сделок вне предпринимательской деятельности, доказывание объема юрисдикционного иммунитета, который в соответствующем иностранном государстве предоставляется Республике Казахстан, может быть возложено на лицо, заявившее ходатайство о применении принципа взаимности.

3. Если будет доказано, что в иностранном государстве, в отношении которого возник спор о юрисдикционном иммунитете, Ре-

спублике Казахстан предоставляется юрисдикционный иммунитет в более ограниченном объеме, чем тот, который предоставляется иностранному государству в силу настоящего Кодекса, то суд Республики Казахстан на основе взаимности при решении указанного вопроса вправе исходить из того же объема юрисдикционного иммунитета, каким Республика Казахстан пользуется в соответствующем иностранном государстве».

Поскольку в статье речь идет об юрисдикционном иммунитете, она применяется ко всем его видам, в том числе к иммунитету от принудительного исполнения судебных решений.

Таким образом, в законодательстве Казахстана принцип взаимности закреплен. Но ни в юридической литературе, ни в судебной практике о нем даже не упоминается. Следовательно, задача заключается во внедрении в судебную практику понимания того, что допустимо исполнение решений иностранных судов и при отсутствии международного договора, на основании принципа взаимности.

**Абсолютный иммунитет для Республики Казахстан.** Таким образом, Закон от 5 мая 2010 г., а затем и новый ГПК 2015 г. наконец-то ликвидировала многолетний пробел в законодательстве РК, установив принцип ограниченного иммунитета для иностранных государств. В этом его историческое значение. Однако одновременно им в ГК РК была включена совершенно нелогичная и противоречащая законодательству и здравому смыслу норма.

Новым законом в законодательство РК заложено правило о действии в отношении Республики Казахстан доктрины абсолютного иммунитета в гражданско-правовых отношениях с иностранным элементом с участием государства.

Попытка установить абсолютный иммунитет для государственной собственности была предпринята в России при разработке проекта Федерального закона «Об иммунитете собственности Российской Федерации, находящейся за рубежом». Данная концепция была подвергнута критике в литературе как противоречащая общепризнанным принципам и нормам международного права, нарушающая суверенитет иностранных государств, и (насколько мне известно) не была реализована<sup>1</sup>.

А вот Казахстану эту юридическую несурязицу удалось реализовать.

В ст. 1102 Гражданского кодекса РК Законом от 5 мая 2010 г. включен п.2 следующего содержания: «В гражданско-правовых отношениях с иностранным элементом Республика Казахстан пользуется юрисдикционным иммунитетом в отношении себя и своей собственности от юрисдикции судов другого государства, включая судебный иммунитет, иммунитет от принятия обеспечительных

<sup>1</sup> См.: *Крупко С.И.* Инвестиционные споры между государством и иностранным инвестором. М.: БЕК, 2002. С. 155.

мер и иммунитет от исполнения судебного решения, если иное не установлено:

- в международном договоре Республики Казахстан;
- в письменном соглашении, не являющемся международным договором Республики Казахстан;
- путем заявления в суде или письменного уведомления в рамках конкретного разбирательства».

Включение такой нормы в ГК нельзя признать оправданным в силу следующих обстоятельств.

ГК регулирует гражданско-правовые отношения, то есть имущественные и личные неимущественные. Это нормы материального и частного права. Иммунитет государства вытекает из суверенитета государства и связан с освобождением от судебной юрисдикции. Это нормы публичного и процессуального права.

Поэтому в любом случае этой норме не место в Гражданском кодексе. Если уж включать ее в национальное законодательство, то только в Гражданско-процессуальный кодекс.

Однако разработчики, видимо, сознательно не стали включать эту норму в ГПК, так как совершенно очевидным является тот факт, что ГПК регулирует гражданский процесс только на территории Казахстана. Об иммунитете государства Казахстан в ГПК речь не идет и идти не может, так как иммунитет нашего государства может относиться только к гражданскому процессу на территории другого государства и нашим ГПК регулироваться не может. ГПК регулирует процессуальные отношения только на территории РК и не может регулировать процессуальные отношения на территории других государств. Разработчики проекта Закона от 5 мая 2010 г. включили в ГПК главу об иммунитете. Но опять же речь идет только об иммунитете иностранных государств.

Однако то же самое можно сказать о гражданском законодательстве, так же, как о любом ином национальном законодательстве. ГК регулирует гражданско-правовые отношения на территории РК и не может регулировать гражданско-правовые отношения на территории других государств. Это касается и гражданско-правовых отношений с иностранным элементом. ГК может регулировать эти отношения только на территории РК, в том числе и с участием иностранного государства, и не может регулировать подобные отношения на территории других государств, в том числе с участием Республики Казахстан. А в предлагаемой норме речь идет как раз о гражданско-правовых отношениях на территории иностранных государств.

Понятно стремление разработчиков обезопасить собственность республики за границей и закрепить судебный иммунитет РК. Однако следует признать, что в настоящее время это неосуществимо.

Долгое время во всем мире господствовала теория абсолютного

иммунитета, в соответствии с которой государство ни при каких обстоятельствах не подвластно судам другого государства без своего на то согласия.

Однако в настоящее время большинство государств стало руководствоваться теорией ограниченного (или функционального) иммунитета, согласно которой при осуществлении публичных функций государство пользуется безусловным иммунитетом, но при осуществлении частноправовой деятельности оно лишается иммунитета, причем само вступление государства в частноправовые отношения рассматривается как отказ от иммунитета.

В этих условиях, если возникает иск к Республике Казахстан в какой-либо стране, какие законы будут действовать – законы этих стран или ст. 1102 ГК РК?

Я думаю, что ответ на этот вопрос не вызывает сомнений.

Из сказанного вытекает, что принятие норм нового закона противоречит основным принципам разграничения национального, иностранного и международного права и за рубежом действовать не будет.

Однако отрицательные последствия принятия этой нормы весьма значительны. Поскольку это норма Гражданского кодекса, суды РК будут ее применять и на ее основании отказывать в исполнении решений иностранных судов по искам к Республике Казахстан. Иностранные суды, действующие на основании своего закона об иммунитете иностранных государств, получив такое явно незаконное решение казахстанского суда об отказе в исполнении его решения, вынесут решение о наложении ареста на имущество РК, находящееся за рубежом, в том числе на счета в иностранных банках. И иностранный суд будет прав, потому что норма ГК РК для него не имеет и не может иметь никакого правового значения.

Подтверждая тот факт, что РК бессильна предпринять что-либо в свою защиту за рубежом, разработчики проекта Закона от 5 марта 2010 г. попытались обеспечить каким-то образом соблюдение иностранными государствами принципа абсолютного иммунитета РК. В ГПК были включены следующие положения, воспроизведенные и в новом ГПК 2015 г.:

1) иски о возмещении убытков, причиненных нарушением иностранным государством юрисдикционного иммунитета Республики Казахстан и ее собственности, предъявляются по месту нахождения истца, если иное не предусмотрено международным договором, ратифицированным Республикой Казахстан (п. 5 ст. 31 ГПК 2015 г.);

2) наложение ареста на деньги, находящиеся на территории Республики Казахстан на корреспондентском счете иностранного государства, допускается по искам о возмещении убытков, причиненных нарушением иностранным государством юрисдикционного

иммунитета Республики Казахстан и ее собственности (подпункт 1) п.1 ст. 156 ГПК);

3) иностранное государство не пользуется в Республике Казахстан судебным иммунитетом, а равно иммунитетом от обеспечения иска и от принудительного исполнения судебного акта по спорам, связанным с нарушением таким иностранным государством юрисдикционного иммунитета Республики Казахстан и ее собственности (ст. 484 ГПК).

Я не думаю, что эти меры помогут Казахстану бороться со всем остальным миром и его законами. Это приведет к ненужным осложнениям – и правовым, и дипломатическим – не даст Казахстану ощутимой пользы, но повлечет существенное ухудшение его имиджа как правового государства.

Любому, даже юридически безграмотному человеку ясно, что в одном и том же законе (ГПК) заложен принцип двойных стандартов: к иностранному государству применяется доктрина ограниченного иммунитета, но к Республике Казахстан – доктрина абсолютного иммунитета.

Позиция законодателя по данному вопросу противоречит не только законодательству иностранных государств, но и международным договорам. В этой связи трудно понять логику законодателя, когда, с одной стороны, в ГК и в ГПК закрепляется доктрина абсолютного иммунитета для Казахстана, а с другой стороны, Законом РК от 27 октября 2009 г. Парламент ратифицировал Конвенцию ООН от 2 декабря 1994 г. о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности<sup>1</sup>. Конвенция ООН основана на установлении доктрины ограниченного иммунитета. В ГПК для иностранных государств практически установлены те же случаи неприменения иммунитета государства, что и в Конвенции ООН.

Это означает, что в силу приоритета международного договора над национальным законодательством для Казахстана будут действовать те же ограничения, что и для других государств. Получается, что нормы, закрепленные в ГК и ГПК по поводу абсолютного иммунитета государства, – это просто сотрясение воздуха и проявление юридической некомпетентности казахстанского законодателя.

---

<sup>1</sup> См.: Казахстанская правда. 2009, 29 октября.



## Глава 57. МЕЖДУНАРОДНАЯ ОРГАНИЗАЦИЯ КАК СУБЪЕКТ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

---

### 57.1. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ

Международные организации подразделяются на две основные группы – межгосударственные (межправительственные) международные организации (ММО), создаваемые на основании международных договоров и обладающие международной правосубъектностью, и международные неправительственные организации (МНО), которые создаются частными лицами и, как правило, не считаются обладающими международной правосубъектностью.

При вступлении международных организаций в частноправовые отношения возникает необходимость установления применимого национального права. Национальное право, как правило, не выделяет международные организации в качестве особого субъекта. Тем не менее в отношении ММО проблем с признанием их правосубъектности обычно не возникает. Гражданская правосубъектность ММО в данном случае является следствием наличия международной правосубъектности. Как правило, международные договоры, которыми учреждаются соответствующие ММО, либо соглашения между ММО и государствами об открытии штаб-квартиры устанавливают, что для целей частного права ММО обладают всеми необходимыми правами местных юридических лиц и признаются в таком качестве государствами<sup>1</sup>.

ММО все более активно участвуют в международных отношениях, в том числе в международных гражданско-правовых отношениях: заключают различного вида сделки, выступают субъектами авторского права, участвуют в совместном предпринимательстве и т.д.<sup>2</sup>. В Казахстане также с каждым годом активизируется деятельность различного рода международных организаций системы ООН, СНГ, Таможенного союза, ЮСАИД, ТАСИС, международных агентств (по атомной энергии, возобновляемой энергии и других), Всемирного банка и других. Как правило, участие таких организаций в имущественном обороте специфично и ограничивается гражданско-

---

<sup>1</sup> См.: Международное частное право: Учебник. В 2 т. Т. 2. Особенная часть /Отв. ред. С.Н. Лебедев, Е.В. Кабатова. М.: Статут, 2015. С. 109. (автор главы – А.В. Асосков).

<sup>2</sup> См.: *Нешатаева Т.Н.* Международные организации и право (Новые тенденции в международно-правовом регулировании). Академия нархоза при Правительстве Российской Федерации. М.: Дело, 1998. С. 216.

правовыми и трудовыми сделками по обеспечению деятельности организации (аренда жилья, наем помещений под офис, наем автомашин и работников, приобретение оборудования и мебели для офиса и т.д.).

Для того чтобы существовать реально в гражданско-правовых отношениях, международные организации наделяются правами юридического лица. Его образование санкционируется соответствующим правопорядком. Например, ООН – юридическое лицо штата Нью-Йорк (США), ЮНЕСКО – французское юридическое лицо, МОТ, ВОЗ, Международный союз электросвязи, Международный почтовый союз и др. – юридические лица кантона Женева Швейцарской Конференции, Международный валютный фонд – юридическое лицо федерального округа Колумбия (США), МАГАТЭ – австрийское юридическое лицо и т.д.

Хозяйственная деятельность международных организаций в современных условиях носит достаточно широкий характер. Например, МАГАТЭ, будучи специализированным учреждением ООН, осуществляет наряду с контролем и координацией сотрудничества государств, непосредственные научные исследования в области ядерной энергетики. В рамках этого направления деятельности МАГАТЭ развернула систему перепоручения проведения исследований национальным институтам соответствующих стран. С целью конкретной разработки тем в этой области МАГАТЭ заключает с национальными институтами договоры, которые имеют гражданско-правовую природу.

Безусловно, что подобные инструменты сотрудничества были бы невозможны, если бы международная организация не имела статуса юридического лица – полноправного субъекта гражданско-правовых отношений в национально-правовой сфере конкретного государства. Презюмируется, что международная организация становится правосубъектным в цивилистическом смысле образованием с момента регистрации ее устава (учреждения) либо включения в реестр юридических лиц государства местонахождения, которое, как правило, указывается в ее учредительных документах, конституирующих ее прежде всего как субъект международного публичного права. В этой связи правоспособность такого юридического лица определяется по закону того государства, в котором находится штаб-квартира международной (межгосударственной) институции.

Например, в Евразийской патентной конвенции, учредившей Евразийскую патентную организацию, которая открыта для любого третьего государства, указывается: «Организация является межправительственной организацией, имеющей статус юридического лица. Организация обладает в каждом Договаривающемся государстве правоспособностью, которая признана за юридическими ли-

цами в соответствии с законодательством данного государства. Организация может приобретать и распоряжаться движимым и недвижимым имуществом и защищать свои права в суде. Местонахождение штаб-квартиры организации – город Москва, Российская Федерация».

К трансграничным частноправовым сделкам ММО применяют как нормы, созданные самой межправительственной организацией, так и отдельные положения национальных правовых систем. Наиболее часто используемыми формулами прикрепления являются закон места совершения акта и закон автономии воли. Форма сделок и порядок заключения контрактов в межправительственных организациях определяются на основе внутренних правил организации. При решении вопроса о праве, применимом к правам и обязанностям сторон, необходимо ссылаться на внутренние правила организации.

Международный характер собственности международной организации порождает ряд коллизионных вопросов. Основным принципом при решении коллизионной проблемы является, как правило, закон местонахождения вещи. В некоторых случаях принцип местонахождения вещи конкретизируется как «местонахождение штаб-квартиры» и «место регистрации собственности». Ссылки на национальное право страны, в которой зарегистрирована собственность межправительственных организаций, содержатся в договорах различных организаций.

В настоящее время современные договоры о штаб-квартирах межправительственных организаций не предусматривают обязательного применения к гражданско-правовым соглашениям межправительственных организаций, а также к их собственности национального права государства, в котором размещается администрация организации<sup>1</sup>.

Основная деятельность ММО связана с публично-правовыми отношениями по координации совместной деятельности в определенных публично-правовых сферах, технической помощи по совершенствованию государственного управления и прочее.

Исключение составляют различного рода международные финансовые организации, основная цель которых направлена на предоставление кредитов и иных форм финансирования предпринимательства в Казахстане. К таким организациям относятся Европейский банк реконструкции и развития, Азиатский банк развития, Исламский банк развития, Евразийский банк развития и некоторые другие, которые финансируют предпринимательские проекты в Казахстане как путем предоставления кредитов, так и иными способами финансирования, включая создание совместных производств

<sup>1</sup> См.: Международное частное право: Учеб. / Отв. ред. Г.К. Дмитриева. 3-е изд. М.: Проспект, 2010. С. 208. (автор главы – Г.К. Дмитриева).

на основе простого товарищества или совместного предприятия, участия в уставных капиталах и т.п., и в связи с этим вовлеченных в предпринимательские отношения на равных с его участниками условиях. Другим видом международных организаций, относительно широко представленных в имущественном обороте Казахстана наравне с финансовыми международными организациями, являются международные университеты и образовательные центры, созданные и осуществляющие деятельность в Казахстане на основе межгосударственных или межправительственных соглашений с участием Республики Казахстан или соглашений Республики Казахстан с международными образовательными организациями (Международный казахско-турецкий университет имени Х.А. Ясави, Египетский университет исламской культуры «Нур-Мубарак», Университет Центральной Азии, Казахстанско-Британский технический университет, Казахстанско-Немецкий университет и некоторые другие).

Деятельность ММО на территории отдельно взятого государства, в том числе и Казахстана, имеет особенности правового регулирования, зачастую порождает ряд теоретических и практических проблем. Это касается особенно участия международных организаций в имущественных отношениях на территории государства и связано по большей части с юрисдикционным, судебным иммунитетом или иммунитетом собственности такой организации. При этом надо сразу оговориться, что иммунитет международной организации, имея внешне сходные черты с иммунитетом государства, тем не менее существенно отличается от него как по правовой природе, так и по содержанию. Проблема иммунитета международной организации, как уже отмечалось, особенно актуальна в связи с малоисследованностью данного вопроса как в цивилистической науке Казахстана, так и в международно-правовой литературе постсоветского пространства и западной международно-правовой доктрине.

Что касается правосубъектности МНО, то она подчиняется общему принципу регулирования, установленному в коллизионных и материальных нормах соответствующего государства, где оно зарегистрировано. Однако может возникнуть вопрос о правосубъектности таких МНО за пределами государства их регистрации.

На решение данной проблемы нацелена Страсбургская конвенция о признании юридическими лицами международных неправительственных организаций 1986 г. (вступила в силу 1 января 1991 г., Казахстан не участвует). Статья 2 данной Конвенции предусматривает, что статус юридического лица и правоспособность, как это имеет место для МНО на территории государства, где находится ее зарегистрированный офис, должны признаваться остальными государствами – участниками Конвенции.

## 57.2. ИММУНИТЕТ МЕЖДУНАРОДНОЙ ОРГАНИЗАЦИИ

Применимы ли к международной организации те понятия, которые были выработаны теорией и практикой международного права для иммунитета государства?

Насколько применимы эти понятия абсолютного и функционального (ограниченного) иммунитета к иммунитету международной организации?

Иммунитет международной организации по всем признакам подпадает под понятие функционального иммунитета.

Международная организация пользуется иммунитетом, если это предусмотрено ее уставом и международным договором с соответствующим государством<sup>1</sup>. Например, в преамбуле Конвенции о привилегиях и иммунитетах ООН от 13 февраля 1946 г. отмечается функциональный характер иммунитетов, предоставляемых международным организациям ООН. Аналогичное положение содержит и преамбула Конвенции о специальных миссиях от 8 декабря 1969 г. При этом, несмотря на функциональный характер, иммунитет международной организации предоставляется, как правило, без каких-либо ограничений и исключений и охватывает как иммунитет от применения национального законодательства, так и иммунитет от судопроизводства, иммунитет собственности, иммунитет от применения обеспечительных мер<sup>2</sup>. Такая абсолютная защита не имеет возражений с точки зрения обеспечения доступа к правосудию частных лиц, имеющих дела с международной организацией, так как споры между международной организацией и ее контрагентами обычно разрешаются путем обращения к альтернативным судебным способам разрешения споров: путем обращения к административным трибуналам или международным арбитражам (третейским судам).

<sup>1</sup> См.: *Нешатаева Т.Н.* Международные организации и право (Новые тенденции в международно-правовом регулировании). Академия нархоза при Правительстве Российской Федерации. М.: Дело, 1998. С. 220; *Хлестова И.О.* Юрисдикционный иммунитет государства. М.: Юриспруденция, 2007. С. 14; *Ярков В.В.* Об иммунитете международных организаций в практике российских судов // *Международное частное право: современная практика: Сборник статей / Под ред. М.М. Богуславского, А.Г. Светланава.* М., 2000. С. 193-197; *Нешатаева Т.Н.* Международная организация как субъект международного частного права // *Журнал международного частного права.* 1993. №2. С. 25-32.

<sup>2</sup> См.: *Богуславский М.М.* Практика применения принципа иммунитета государства и проблема законодательного регулирования. *Международное частное право: современная практика: Сборник статей / Под ред. М.М. Богуславского и А.Г. Светланава.* М.: ТОН-Остожье, 2000. С. 234; *Нешатаева Т.Н.* Международные организации и право (Новые тенденции в международно-правовом регулировании). Академия нархоза при Правительстве Российской Федерации. М.: Дело, 1998. С. 222; *Хлестова И.О.* Юрисдикционный иммунитет государства. М.: Юриспруденция, 2007. С. 14.

В отличие от доктрины иммунитета государства доктрина иммунитета международной организации получила свое развитие преимущественно в период создания межправительственных организаций системы ООН при выработке Устава ООН. В соответствии с доктриной иммунитета международной организации признается, что международная организация пользуется иммунитетом на иной, чем государство, основе. Иммунитеты государств базируются на том основании, что их носители – суверенные образования, и иммунитет государства присущ ему с момента возникновения. В то же время иммунитет международной организации может возникнуть только на договорной основе и предоставляется международной организации в силу функциональной необходимости: международные организации наделяются иммунитетом с целью создания статуса, при котором организация сможет беспрепятственно осуществлять свои полномочия международного характера, оставаясь независимой от национального права и судопроизводства отдельных государств.

Функциональный характер иммунитета международных организаций нашел широкое признание в международном праве, которое признает, что функциональная природа базируется, во-первых, на том обстоятельстве, что только иммунитет способен защитить международную организацию от контроля со стороны отдельных государств-членов; во-вторых, позволяет международной организации иметь собственные материальные и денежные ресурсы, не подпадающие под действие соответствующих контрольных механизмов государств, в которых находится орган (штаб-квартира) или отделение такой организации; в-третьих, иммунитет позволяет уберечь организацию от бремени налогов в пользу отдельного государства<sup>1</sup>.

В международном праве иммунитет международной организации признается только за межгосударственными (межправительственными) организациями. Этот принцип, в частности, закреплен в подпункте 1) ст. 1 Венской конвенции о праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями (Вена, 21 марта 1986 г.), в которой в качестве «международной организации» как иного, чем государство, субъекта международного права понимается исключительно межправительственная организация.

Иммунитет международной организации, по мнению отдельных исследователей международного права, является производным от иммунитетов государств-членов, добровольно вступающих в соглашение между государствами о создании международной орга-

---

<sup>1</sup> См.: *Неуштаева Т.Н.* Международные организации и право (Новые тенденции в международно-правовом регулировании). Академия нархоза при Правительстве Российской Федерации. М.: Дело, 1998. С. 220-221.

низации наднационального характера и наделении ее иммунитетом<sup>1</sup>. При этом существует устоявшееся представление, что, как правило, сам принцип иммунитета международной организации закрепляется в учредительных документах и уставе, в то время как содержание иммунитета раскрывается в соглашении международной организации со страной пребывания<sup>2</sup>.

В имущественных отношениях международные организации выступают в качестве юридического лица, что, как правило, прямо закрепляется в уставах международных организаций. Например, статус юридического лица межправительственных организаций системы ООН прямо закреплен в статье 39 МОТ, статье 146 Устава МАГАТЭ, статье 9 Устава МФК, статье 7 Устава МБРР. Аналогично, статус юридического лица Центрально-Азиатского регионального, информационного координационного центра по борьбе с незаконным оборотом наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров закреплен в статье 4 Соглашения между Азербайджанской Республикой, Республикой Казахстан, Кыргызской Республикой, Российской Федерацией, Республикой Таджикистан, Туркменистаном и Республикой Узбекистан о создании Центрально-Азиатского регионального информационного координационного центра по борьбе с незаконным оборотом наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров. Статус Университета Центральной Азии как юридического лица закреплен в статье 4.1 Устава Университета Центральной Азии, основанного Республикой Таджикистан, Кыргызской Республикой, Республикой Казахстан и Имаматом исмаилитов, и т.д.

Международная организация, как уже отмечалось, обладает функциональным иммунитетом, в частности, иммунитетом от применения национального законодательства государств-участников, судебным иммунитетом и иммунитетом собственности международной организации. Содержание иммунитета конкретной международной организации определяется международно-правовыми соглашениями о создании международной организации, учредительными документами, соглашением этой организации с государством об условиях пребывания международной организации в этом государстве.

Следует, однако, уточнить, что понятие «функциональный» здесь употребляется не в том значении, как применительно к иммунитету государства. Правовая природа иммунитета международ-

<sup>1</sup> См.: *Моисеев А.А.* Международные кредитно-финансовые организации. Правовые аспекты деятельности. М.: НИМЦ, 1999. С. 33.

<sup>2</sup> См.: *Богуславский М.М.* Практика применения принципа иммунитета государства и проблема законодательного регулирования // Международное частное право: современная практика: Сборник статей / Под ред. М.М. Богуславского и А.Г. Светланава. М.: ТОН-Остожье, 2000. С. 233-234.

ной организации совсем иная, чем иммунитет государства. Здесь нет ни абсолютного, ни ограниченного (функционального) иммунитета. Иммунитет у международной организации всегда один: тот, что определен в уставе и международном договоре. Можно назвать его функциональным, но это понятие не имеет ничего общего с аналогичным термином для иммунитета государства.

Применим ли судебный иммунитет к арбитражному разбирательству? Практически во всех международных договорах о создании и деятельности международной (межправительственной) организации, учредительных документах (Устав) и Соглашениях международной организации с конкретным государством об условиях пребывания в нем содержится запрет или ограничение на передачу споров учредителей международной организации между собой и с этой организацией, а также на передачу споров международной организации с третьими лицами на разрешение судов общей юрисдикции. Однако они часто предусматривают альтернативные судебному способы рассмотрения таких споров. Как правило, в такого рода соглашениях и учредительных документах предусматривается арбитражный порядок разрешения споров. Аналогичные нормы содержатся и в соглашениях об условиях пребывания международной организации в конкретном государстве, например, на территории Республики Казахстан.

При этом арбитражный порядок разрешения споров между субъектами международного права соответствует общепринятым нормам международного права о порядке разрешения споров между субъектами международного права, в том числе споров между государствами.

Это, в частности, подтверждают положения ст.ст. 65-66 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г. (к которой, в частности, присоединилась Республика Казахстан постановлением Верховного Совета Республики Казахстан от 31 марта 1993 года «О присоединении Республики Казахстан к Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года»), ст. 33 Устава ООН, которыми арбитражное рассмотрение споров между государствами-субъектами международного права предусмотрено, в числе иных способов, таких, как переговоры, обследование, посредничество, примирение, судебное разбирательство, обращение к региональным органам или соглашениям, к которым субъекты международного права вправе обратиться по своему выбору. При этом арбитраж не рассматривается как судебное рассмотрение споров, и в отношении арбитража, безусловно, не применяется судебный иммунитет, предусматривающий иммунитет только от судебного преследования (судебного способа рассмотрения споров).

В связи с этим необходимо указать, что арбитражное рассмотрение споров в международном публичном праве является общепри-



нятым способом разрешения способов споров между субъектами международного публичного права, предусмотренного большим числом международных договоров публичного характера, международными договорами, посвященными разрешению споров в международном публичном праве.

При этом, если для разрешения возможных споров между международной организацией и государствами-участниками предусмотрен альтернативный судебному арбитражный порядок рассмотрения споров, который не рассматривается как судебное преследование, то в отношении него не применяется собственно иммунитет от судебного преследования.

Аналогичные выводы следуют и из международного частного права. Хотя передача спора на разрешение арбитража и заключение арбитражного соглашения являются обычными в международном частном праве, тем не менее значение арбитражного соглашения и последствия заключения арбитражного соглашения являются общепризнанными принципами международного частного права. Значение и последствия заключения арбитражной оговорки закреплены в международных договорах, в первую очередь – в Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже и в Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, участницей которых является и Республика Казахстан.

Целью любого арбитражного разбирательства является вынесение решения – окончательного и обязывающего, по которому выигравшая сторона может получить исполнение. Исполнение может быть добровольным, что в большинстве случаев и происходит. Но если сторона, против которой направлено решение, отказывается от добровольного исполнения, вступает механизм принудительного исполнения, предусмотренного ст. 5 Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, другими международными соглашениями и национальным арбитражным законодательством соответствующей страны (в Республике Казахстан это статьи 54, 55 Закона об арбитраже).

В настоящее время ни в одном государстве арбитражное решение не обладает непосредственной исполнительной силой. Для их принудительного исполнения требуется соответствующее распоряжение компетентного суда. Исключение составляют только арбитражные решения ICSID, но и для их исполнения может оказаться необходимым содействие судебных органов. По общему же правилу, для того, чтобы быть исполненными, арбитражные решения должны быть представлены в компетентный суд, который в той или иной форме принимает одно из двух решений: признать и привести арбитражное решение в исполнение либо отказать в признании и приведении его в исполнение.

Поэтому в соответствии с общепризнанными принципами международного частного права арбитражное решение никак не отождествляется с решением суда. Суд обязан в силу международных договоров и национального законодательства содействовать исполнению арбитражного решения путем признания и приведения арбитражного решения в исполнение. Согласно законодательству Республики Казахстан арбитраж (международный коммерческий арбитраж, третейский суд) также не относится к судебной системе Республики Казахстан. Согласно ст. 75 Конституции Республики Казахстан правосудие осуществляется только судом. При этом судами республики являются Верховный Суд республики, местные и другие суды республики, учреждаемые законом.

Конституционный закон Республики Казахстан от 25 декабря 2000 года «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан» не упоминает арбитраж (международный коммерческий арбитраж, третейский суд) в качестве элемента судебной системы.

При этом статья 24 ГПК РК предусматривает, что подведомственный суду спор (конфликт), возникший из гражданско-правовых отношений, по письменному соглашению сторон может быть передан на рассмотрение арбитража, когда это не запрещено законом.

В отношении же иммунитета иностранного государства национальное законодательство Казахстана предусматривает в статьях 477-500 ГПК механизм ограниченного иммунитета. При этом, в частности, в пункте 1 ст. 485 ГПК прямо предусмотрено, что иностранное государство не пользуется в Республике Казахстан судебным иммунитетом по спорам, возникшим при осуществлении этим государством предпринимательской деятельности на территории Республики Казахстан. Помимо этого, в статье 482 ГПК РК закреплено, что если иностранное государство выразило в письменной форме согласие на рассмотрение в арбитраже споров с его участием, которые возникли или могут возникнуть в будущем, признается, что применительно к этим спорам оно добровольно согласилось на отказ от судебного иммунитета по судебным вопросам, касающимся осуществления судом Республики Казахстан функций в отношении арбитража.

Указанное отражает общепринятую доктрину, отраженную и в казахстанском законодательстве, рассматривающую арбитраж исключительно в качестве альтернативного способа защиты гражданских прав, осуществляемого только в силу соглашения сторон спора. При этом казахстанское законодательство исходит из того, что при занятии предпринимательской деятельностью, к которой, безусловно, относится выдача банковских кредитов, субъект международного публичного права не может пользоваться судебным иммунитетом, а заключение таким субъектом арбитражного соглашения означает отказ от судебного иммунитета по вопросам, касающимся осуществле-

ния судом функций в отношении арбитража, в том числе и отказ от иммунитета от принудительного исполнения судебного акта.

Иммунитет от принудительного исполнения арбитражных решений. В современной доктрине международного права, как уже отмечалось выше, проводится четкое разделение иммунитета государства на судебный иммунитет, иммунитет от обеспечения иска и иммунитет от принудительного исполнения судебного акта. Это нашло отражение как в международных договорах, так и в национальном законодательстве различных государств, в том числе и Казахстана. Так, например, Конвенция ООН о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности 2004 года, ратифицированная Законом РК от 27 октября 2009 г., рассматривает в части II иммунитет государства от юрисдикции судов другого государства разбирательства, в части III – разбирательства, при которых государству нельзя ссылаться на государственный иммунитет, а в части IV отдельно рассматривается государственный иммунитет от принудительных мер в связи с разбирательством в суде. В законодательстве Казахстана разделение иммунитета государства на судебный иммунитет, иммунитет от обеспечения иска, и иммунитет от принудительного исполнения судебного акта прямо предусмотрен в статье 477 ГПК РК. Судебный иммунитет и иммунитет от принудительных мер в связи с разбирательством в суде, в том числе иммунитет от принудительного исполнения судебного акта, не являются тождественными, регулируются международно-правовыми договорами и национальным законодательством самостоятельно, и нельзя смешивать вопросы, связанные с судебным иммунитетом, с вопросами принудительного исполнения судебного решения (известного также как иммунитет от принудительных мер в связи с разбирательством в суде).

Международные договоры и национальное законодательство непосредственно предусматривают разрешение вопросов о соотношении судебного иммунитета и иммунитета от принудительного исполнения судебного решения. В Конвенции ООН о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности 2004 года эти вопросы предусмотрены в разделе IV, а именно – в статье 19 Конвенции, в которой прямо предусмотрено, что никакие принимаемые после вынесения судебного решения принудительные меры, такие как обращение взыскания, арест и исполнение решения, в отношении собственности государства не могут быть приняты в связи с разбирательством в суде другого государства, за исключением случаев и в той мере, в какой государство прямо согласилось на принятие таких мер. При этом в национальном законодательстве и судебной практике различных стран этот вопрос решается по-разному. Например, в законах Австралии, Великобритании, Канады, Пакистана предусматривается, что согласие иностранного государства подчиниться юрисдикции иностранных судов не счита-

ется согласием на применение предварительных мер и исполнительных действий. Иными словами, отказ от судебного иммунитета не означает отказ от иммунитетов от предварительных мер и исполнительных действий. В законы США и Сингапура подобные нормы не включены, но практика американских судов исходит из прямо противоположной нормы: отказ от судебного иммунитета означает и отказ от иммунитета от исполнения.

В России утвердилось довольно устойчивое мнение о том, что отказ от судебного иммунитета не влечет за собой отказа от иммунитета в отношении обращения взыскания на имущество государства<sup>1</sup>. В законодательстве Республики Казахстан этот вопрос решен в пункте 2 статьи 429 ГПК, в соответствии с которым согласие иностранного государства на отказ от судебного иммунитета не рассматривается как его согласие на отказ от иммунитета от обеспечения иска и иммунитета от принудительного исполнения судебного акта.

Международно-правовые договоры и национальное законодательство предусматривает специальные нормы, регулирующие принудительное исполнение арбитражных решений и иммунитет от принудительного исполнения судебных решений для этого случая. В Конвенции ООН о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности 2004 года эти вопросы предусмотрены в статьях 17 и 19. Статьей 17 Конвенции, в частности, предусмотрено, что если государство заключает с иностранным физическим или юридическим лицом письменное соглашение о передаче на арбитражное разбирательство споров, касающихся коммерческой сделки, это государство не может ссылаться на иммунитет от юрисдикции при разбирательстве в суде другого государства, который обычно обладает компетенцией рассматривать дела, касающиеся арбитражной процедуры. В случае если компетентный суд будет выносить решение о принудительном исполнении арбитражного решения, то этот вопрос также относится к арбитражной процедуре принудительного исполнения арбитражного решения и будет охватываться указанной статьей конвенции. Помимо этого, в статье 19 Конвенции в развитие указанных положений предусматривается, что иммунитет государства от принудительных мер не распространяется на случай, когда государство согласилось на принятие таких мер, которые указаны в арбитражном соглашении. Так как компетентный суд принимает решение в отношении принудительного исполнения арбитражного решения, то есть в отношении арбитражной процедуры, то и иммунитет от принудительного исполнения решения не распространяется в соответствии с Конвенцией ООН о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности 2004 года на принятие судом решения о принудительном исполнении арбитражного решения.

---

<sup>1</sup> См.: *Богуславский М.М.* Международное частное право: Учебник. 5-е изд. М.: Юристъ, 2004. С. 583.

В законодательстве Казахстана вопросы о применении иммунитета субъекта международного публичного права при заключении им арбитражного соглашения и рассмотрении спора с его участием в арбитраже прямо урегулированы ст. 482 ГПК РК, в которой предусмотрено: «Если иностранное государство выразило в письменной форме согласие на рассмотрение в арбитраже споров с его участием, которые возникли или могут возникнуть в будущем, признается, что применительно к этим спорам оно добровольно согласилось на отказ от судебного иммунитета по вопросам, касающимся осуществления судом Республики Казахстан функций в отношении арбитража». В соответствии с ГПК РК суд Республики Казахстан осуществляет ряд функций в отношении арбитража, в том числе и выдачу исполнительного листа на принудительное исполнение арбитражного решения. В этом случае признается отказ стороны арбитражного соглашения от иммунитета от принудительного исполнения арбитражного решения.

На основании изложенного можно прийти к выводу, что согласие на рассмотрение спора в арбитраже, конечно же, не означает отказа от судебного иммунитета. Судебный иммунитет означает неподсудность судам другого государства, а не арбитражного суда, который является негосударственным частным институтом. Вообще не только судебный, но и любой юрисдикционный иммунитет целиком и полностью связан с государственными судами, будь то рассмотрение спора, обеспечение иска или принудительное исполнение.

Но при этом согласие на рассмотрение спора в арбитражном суде (арбитражная оговорка) означает согласие на принудительное исполнение арбитражного решения.

Из правовой природы арбитража вытекает, что арбитражное решение не имеет смысла без принудительного исполнения государственным судом. Иначе (без принудительного исполнения решения арбитража государственным судом) это будет не арбитраж, а посредничество – еще один альтернативный способ разрешения споров, который, в отличие от арбитража, не предусматривает принудительного исполнения решения и предполагает разрешение спора по соглашению спорящихся сторон при посредничестве нейтральной третьей стороны<sup>1</sup>. Поэтому согласие на арбитраж означает отказ от иммунитета от принудительного исполнения.

В свою очередь, как уже отмечалось, решение суда о принуди-

<sup>1</sup> См.: Сулейменов М.К. Медиация в Казахстане: современное состояние, перспективы, развитие // Юрист. 2009. №12. С. 12-19; Сулейменов М.К., Куанышев Б.Г. Альтернативные процедуры разрешения споров // Международный коммерческий арбитраж / Сб. статей и документов (рус. и англ. яз) / Отв. ред. И.П. Грешников. Алматы: Юрид. центр IUS, 2002. С. 140-152; Дмитриева Г.К. Международный коммерческий арбитраж: Учеб.-практ. пособие. М.: Проспект, 1997. С. 193; Брунцева Е.В. Международный коммерческий арбитраж: Учебное пособие для высших учебных заведений. СПб.: Издат. дом «Сентябрь», 2001. С. 22-23.

тельном исполнении уже состоявшегося арбитражного решения не затрагивает судебного иммунитета государства или международной организации (иммунитет от судебного преследования), так как суд не рассматривает спор по существу, но обязан вынести решение о принудительном исполнении арбитражного решения в силу норм ратифицированных международных договоров и национального законодательства о принудительном исполнении арбитражных решений.

При этом решение суда о принудительном исполнении арбитражного решения касается, но не противоречит иммунитету собственности государства или международной организации, если он предусмотрен Уставом такой организации и Соглашением об условиях пребывания международной организации на территории государства, допускающими вынесение окончательного судебного решения в отношении имущества международной организации.

### **57.3. НАЛОГООБЛОЖЕНИЕ МЕЖДУНАРОДНОЙ ОРГАНИЗАЦИИ**

Другим актуальным в настоящее время вопросом, связанным с иммунитетом собственности международной организации, являются вопросы о налогообложении такой организации. Многие межправительственные договоры о создании международных организаций предусматривают освобождение такой организации от налогообложения на территории государства, являющегося участником такой организации. При этом учредительные документы международной организации не предусматривают прямо вопросы о налоговом администрировании международной организации в стране пребывания, в частности, по вопросам постановки на учет в качестве налогоплательщика, представления налоговой отчетности и проверки деятельности органами налоговой службы. Если эти вопросы разрешены в учредительных документах, то проблем не возникает – все разрешается в соответствии с международными договорами о создании международной организации, уставом и соглашением международной организации с каждым отдельным принимающим государством. Коллизии могут возникнуть, если эти вопросы прямо не разрешены в учредительных документах такой организации, и возникает необходимость разрешения этих вопросов на основании общих положений об иммунитете международной организации. В настоящее время вопрос об освобождении от налогообложения международной организации, связанный непосредственно с иммунитетом собственности международной организации, остается открытым и практически неосвещенным в научных исследованиях и на практике, в том числе вопрос о налоговом ад-

министрировании таких международных организаций при отсутствии решения этих вопросов в учредительных документах.

Безусловно, освобождение от налогов обусловлено целями – уберечь международную организацию от бремени налогов в пользу отдельного государства, и это правило устанавливается по соглашению сторон и на принципах взаимности государств – участников данной международной организации. Принимающее государство отказывается от налогообложения международной организации на своей территории при взаимной обязанности иных государств – участников освободить от налогообложения данную организацию на своей территории.

Уставная, как правило, правоспособность международной организации предполагает занятие исключительно деятельностью, соответствующей предмету и цели создания и деятельности такой организации, что обуславливает исключение какого-либо налогового администрирования и налоговой отчетности. В случаях же, когда учредительными документами международной организации предоставляется право занятия предпринимательской (коммерческой) деятельностью для финансирования своей уставной деятельности, то положения учредительных документов об освобождении от налогообложения любой деятельности, в том числе связанной с финансированием уставной деятельности, также обуславливает исключение какого-либо налогового администрирования и налоговой отчетности.

### 58.1. ПОНЯТИЕ МЕЖДУНАРОДНОГО СЕМЕЙНОГО ПРАВА

Нормы семейного права отличаются гораздо большим разнообразием в разных странах, чем нормы гражданского права. Предметом семейного права (так же как и предметом гражданского права) являются имущественные и личные неимущественные отношения. Однако в отличие от гражданского права личным неимущественным отношениям здесь придается не меньшее значение, чем имущественным. Большое влияние на регулирование семейных отношений оказывают национальные, бытовые и религиозные обычаи и традиции.

Коренные различия в регулировании семейных отношений можно показать даже на примере основных принципов семейного права.

1) Для семейного права большинства стран, в том числе и Казахстана, характерно закрепление равенства прав супругов в семье (п. 2 (2) ст. 2 Закона о браке и семье).

В то же время в ряде стран, в частности, мусульманских, закрепляется главенство мужа в семье.

2) В Казахстане, как и в большинстве стран, закреплён принцип моногамии или единобрачия (подпункт 1) ст. 11 Закона о браке и семье). Однако в ряде стран (мусульманских, ряде стран Африки) характерной особенностью семейных отношений является полигамия (многоженство, а в некоторых племенах Африки – многомужество).

3) Охрана интересов матери и ребенка также является одним из основных принципов семейного права большинства стран мира. Но в некоторых странах этот принцип нарушается.

4) В большинстве стран признается только светский брак, то есть брак, заключенный в государственных органах (п. 3 ст. 2 Закона о браке и семье). В ряде стран наравне с гражданской формой брака признается и брак, заключенный в религиозных учреждениях (Великобритания, Австралия, некоторые штаты США, большинство провинций Канады). В католических странах (Италия, Испания, Португалия, Бразилия, Аргентина и другие) формально можно заключать брак как в гражданской, так и в церковной форме, однако с учетом влияния католической религии церковный брак фактически является обязательным. В некоторых странах брак заключается только в церковной форме (Греция, Кипр).



В силу такого различного подхода к регулированию семейных отношений возможны случаи, когда брак, заключенный в одной стране с соблюдением ее законов, в другой стране может быть не признан из-за невыполнения требований ее законодательства, вследствие чего вступившие в брак лица не считаются супругами (так называемые хромающие браки).

В Казахстане в настоящее время действует Кодекс РК от 26 декабря 2011 г. «О браке (супружестве) и семье». Семейное право в Казахстане считается самостоятельной отраслью права, хотя ясно, что семейные права практически являются одним из институтов гражданского права. Это подтверждается хотя бы тем, что нормы об опеке и попечительстве находятся в Кодексе о браке и семье, а норма об опеке и попечительстве в МЧП – в ГК (ст. 1124).

Независимо от того, является или нет семейное право самостоятельной отраслью национального права, оно входит как самостоятельный институт (в части, регулирующей отношения с иностранным элементом) в комплексную отрасль «международное частное право» (см. Лекцию 1).

В соответствии с п.3 ст. 1 ГК и ст. 5 Кодекса о браке (супружестве) и семье гражданское законодательство применяется к брачно-семейным отношениям, не урегулированным брачно-семейным законодательством, поскольку это не противоречит существу брачно-семейных (супружеско-семейных) отношений. Поэтому при решении коллизионных вопросов семейного права могут быть, в частности, использованы нормы ГК о квалификации юридических понятий (ст. 1085), установлении содержания норм иностранного права (ст. 1086), обратной отсылке и отсылке к праву третьей страны (ст. 1087), взаимности (ст. 1089), применении права страны с множественностью правовых систем (ст. 1092), реторсии (ст. 1093).

В российской литературе говорится о возможности применения к семейным отношениям норм ГК РФ о применении императивных норм (ст. 1192 ГК РФ)<sup>1</sup>. Вряд ли это утверждение является верным, во всяком случае для Казахстана. Положения об императивных нормах допускает применение иностранного права в случаях, когда оно противоречит обычным императивным (и не сверхимперативным по ст. 1091 ГК РК). Между тем в семейном законодательстве ситуация иная. В соответствии со ст. 212 Закона о браке и семье нормы брачно-семейного законодательства других государств не применяются в случае, если такое применение противоречит законодательству РК. В этом случае применяется законодательство РК.

Следовательно, противоречие иностранного законодательства любому нормативному правовому акту РК влечет неприменение

<sup>1</sup> См.: Международное частное право: Учебник / Отв. ред. Н.И. Марышева. – М.: Юристъ, 2004. С. 460.

этого законодательства. То есть в семейном праве ввиду его специфики (преобладание личных неимущественных прав, большое воздействие на семейные отношения публичного регулирования и т.п.) применяется более жесткое, чем в гражданском праве, отношение к применению иностранного права.

Международное семейное право является институтом национального семейного права. Особенностью его является то, что его нормы регулируют отношения, осложненные иностранным элементом.

Международное семейное право можно определить как институт международного частного права и институт национального семейного права, нормы которого регулируют семейные отношения, осложненные иностранным элементом.

Иностранный элемент в семейном отношении может выражаться, в частности:

- 1) в иностранном гражданстве хотя бы одного из его участников;
- 2) отсутствии гражданства у хотя бы одного из участников;
- 3) проживании участников правоотношения за границей;
- 4) нахождении объекта прав за границей (например, нахождении за границей недвижимости, принадлежащей супругам);
- 5) локализации за границей юридического факта (например, заключении за границей брака)<sup>1</sup>.

## 58.2. ПРАВООТНОШЕНИЯ МЕЖДУ СУПРУГАМИ

**Заключение брака.** Право на вступление в брак и условия его заключения предусмотрены в ст. 16 Всеобщей декларации прав человека: «1) Мужчины и женщины, достигшие совершеннолетия, имеют право без всяких ограничений по признаку расы, национальности или религии вступать в брак и основывать семью. Они пользуются одинаковыми правами в отношении вступления в брак, во время состояния в браке и во время его расторжения. 2) Брак может быть заключен только при свободном и полном согласии вступающих в брак сторон».

Различные правовые юрисдикции по-разному решают вопросы применения коллизионных привязок к заключению брака.

Одни системы исходят из коллизионной привязки закон места заключения брака (*lex loci celebrationis*). Эта система удобна в применении, поскольку место заключения брака обычно легко определить. Система *lex loci celebrationis* получила распространение во многих странах Латинской Америки (Аргентина, Гватемала, Мексика, Парагвай и др.). С определенными оговорками она применяется в Англии, Франции, Германии.

---

<sup>1</sup> См.: *Марышева Н.И.* Семейные отношения с участием иностранцев: правовое регулирование в России. М.: Волтерс Клувер, 2007. С. 2.

Вторая система применяет коллизионную привязку личный закон (*lex personalis*), который может быть или законом страны гражданства (*lex nationalis*), как в большинстве стран, или законом места жительства (*lex domicilii*), как в Дании, Норвегии, ряде латиноамериканских государств.

Третья система восприняла комбинацию этих систем: одновременное применение *lex loci celebrationis* и *lex personalis*. Обычно *lex loci celebrationis* в этих странах применяется к форме заключения брака, а *lex personalis* – к условиям заключения брака.

*Lex loci celebrationis* выступает как одна из разновидностей закона места совершения акта (*lex loci locus regit actum*).

Интересный пример приводит М. Вольф. Двое греческих поданных, верующих членов православной церкви, заключивших брак во Франции или Германии по религиозной форме, предписанной их личным законом, но не выполнивших гражданского обряда перед регистратором, оказываются в весьма непростом положении. Такой брак, заключенный в Германии, германское право рассматривает как несуществующий, по греческому праву этот брак действителен, а французское право, считаясь с греческим принципом личного закона страны, также признает брак действительным. Если же брак заключен во Франции, то с точки зрения французских судов он ничтожен, хотя по греческому и германскому праву он действителен. Причина всех этих расхождений заключено в следующем принципе: ни одна из этих сторон не может применять иностранные нормы публичного порядка, даже если они совпадают с ее собственными нормами<sup>1</sup>.

Подобные нормы, признанные в одном государстве, но не признанные в другом, получили название «хромяющих»<sup>2</sup>.

До принятия КоБС Казахстан придерживался смешанной системы, применяя и *lex loci celebrationis*, и *lex personalis*. Статья 200 Закона РК от 17 декабря 1998 г. «О браке и семье» (утратившего силу) закрепляла в п.1, что форма и порядок заключения брака на территории РК подчиняются законодательству РК (*lex loci celebrationis*).

Однако условия заключения брака подчиняются закону гражданства (*lex nationalis*) каждого из вступающих в брак, за исключением требований статей 9-11 Закона о браке и семье (согласие на вступление в брак, брачный возраст, лица, между которыми не допускается заключение брака). В отношении этих исключений действовало законодательство РК.

И, наконец, п. 3 ст. 200 Закона применял к лицам без граждан-

<sup>1</sup> См.: Вольф М. Международное частное право. М., 1948. С. 369.

<sup>2</sup> Подробнее о различных правовых системах см.: Шебанова Н.А. Семейные отношения в международном частном праве. М.: Ин-т государства и права РАН, 1995. С. 3-8.

ства в отношении условий заключения брака закон места жительства (*lex domicilii*).

В российской юридической литературе включение аналогичного положения в Семейный кодекс РФ приветствовалось как серьезная новелла российского законодательства<sup>1</sup>. До принятия Семейного кодекса РК в юридической литературе неоднократно указывалось на желательность включения подобной нормы в СК РФ<sup>2</sup>.

Таким образом, переход от системы *lex loci celebrationis* к смешанной системе считается прогрессивным явлением. А переход обратно из смешанной системы к *lex loci celebrationis*, как логически вытекает из приведенной посылки, является регрессивным явлением, возвратом к реакционной советской системе, когда признавалось только национальное законодательство и никакое другое.

Как тогда расценивать исключение из КоБС РК норм, закрепленных в ст. 200 Закона о браке и семье? Причем я убежден, что сделано это не по злому умыслу, а по незнанию и некомпетентности разработчиков, незнакомых с основами теории международного частного права.

В КоБС РК все нормы об отношениях по заключению брака с иностранным элементом содержатся в главе 27, посвященной государственной регистрации заключения брака (супружества), где, естественно, господствующей и единственной коллизионной привязкой является *lex loci celebrationis*.

К этому можно добавить, что разработчики КоБС исключили из раздела, посвященного международному семейному праву, не только нормы о заключении брака (ст.ст. 200-202 Закона о браке и семье), но и о недействительности брака (ст. 203), о расторжении брака (ст. 204), усыновлении (удочерении) (ст. 209). Они наивно посчитали, что поскольку многие аспекты этих норм связаны с регистрацией брака, можно безболезненно перенести эти нормы в раздел, посвященный регистрации актов гражданского состояния.

Однако получилось не безболезненно, а произошла грубая вивисекция живых органов семейного законодательства. Практически это уничтожение раздела «международное семейное право».

Регистрация актов гражданского состояния – это государственный акт в соответствии с законодательством Республики Казахстан. Здесь не может быть речи о применении иностранного права. Даже если бы в решении определенного вопроса (например, усыновлении) применяется только законодательство РК, все равно этот

---

<sup>1</sup> См.: *Марышева Н.И.* Указ. соч..С. 119.

<sup>2</sup> См.: *Матвеев Г.К.* Вопросы советского коллизионного семейного права // Правоведение. 1972. №2. С. 99-105; *Его же.* Актуальные проблемы советского коллизионного семейного права // Развитие законодательства о браке и семье. М., 1978. С. 80-82; *Пантелеева И.В.* Заключение брака по международному частному праву: Автореф. дис.... канд.юрид. наук. М., 1998.

вопрос должен был быть отражен в разделе «Международное семейное право». Это принципиально важно. А то, что к отношениям применяется только право РК, ничего по существу не меняет, ибо в международном частном праве предусмотрено два вида коллизионных привязок. Двусторонняя привязка – это когда может быть применено право того или иного государства (например, Права и обязанности родителей и детей, в том числе обязанность родителей по содержанию детей, определяются законодательством государства, на территории которого они имеют совместное место жительства (п. 1 ст. 277 КоБС). То есть если родители и дети совместно проживали в Казахстане, будет применяться законодательство Казахстана, если во Франции – законодательство Франции и т.д. Односторонняя привязка – когда применяется право только одного государства, например, Республика Казахстан. В качестве примера можно привести п.1 ст. 200 отмененного Закона о браке и семье: форма и порядок заключения брака на территории РК определяются законодательством РК. В новом КоБС эта классическая формула международного частного права воспроизведена в уродливой форме в п.1 ст. 228: государственная регистрация заключения брака (супружества) граждан РК с иностранцами или лицами без гражданства производится в регистрирующих органах РК на общих основаниях в соответствии с законодательством РК либо в дипломатическом представительстве, консульском учреждении иностранного государства, гражданином которого является лицо, желающее вступить в брак (супружество).

Здесь уже нет и речи о возможности каких-либо двусторонних коллизионных привязок.

В п. 2 ст. 228 КоБС закрепляется, что государственная регистрация заключения брака (супружества) граждан РК с оралманами производится на общих основаниях в соответствии с законодательством РК.

Единственным упоминанием о зарубежном праве является норма п.2 ст. 228 КоБС, в котором закрепляется:

«Одновременно с подачей заявления о вступлении в брак (супружество) иностранец должен представить разрешение на брак (супружество) от компетентного органа государства, гражданином которого он является, с иностранцем, если такого рода разрешение требуется в соответствии с законодательством иностранного государства.

При отсутствии такого разрешения регистрирующий орган при приеме заявления должен разъяснить вступающим в брак (супружество) и в первую очередь гражданину (гражданке) РК, что их брак (супружество) может быть признан недействительным в стране, гражданином которой является лицо, с которым он вступает в брак (супружество).

Если, несмотря на такое разъяснение заявителя настаивают на государственной регистрации заключения брака (супружества), этот брак (супружество) регистрируется».

Интересная норма, но она или невыполнима, или может принести дополнительные обременения для вступающих в брак. Откуда регистрирующий орган может знать о необходимости получать разрешение на вступление в брак с иностранцем в той или иной стране? Только от вступающих в брак. Здесь возможны три варианта:

1) или регистрирующий орган проигнорирует требования п. 2 ст. 228 КоБС; 2) или он спросит об этом у иностранца и в случае любого ответа зарегистрирует брак; 3) или он заставит иностранца принести справку, что в его стране нет необходимости получать такое разрешение. В первых двух вариантах норма п. 2 ст. 228 КоБС бесполезна, в третьем, кроме дополнительных трудностей, она ничего не дает, потому что в любом случае брак будет зарегистрирован.

Ярким показателем того, к чему может привести бездумное перенесение статей из одного раздела закона в другой, является п. 3 ст. 228 КоБС, который является удивительным по своей бессмысленности.

В п. 3 ст. 228 КоБС закрепляется: «Условия заключения брака (супружества) лицом без гражданства на территории РК определяются законодательством РК, если лицо имеет постоянное место жительства на территории РК».

Во-первых, здесь впервые появляется термин «условия заключения брака», выброшенный из первых двух пунктов.

Видимо, разработчики КоБС не различают два принципиальных аспекта заключения брака, принятых в международном семейном праве большинства стран мира (как и в Казахстане до принятия КоБС): форма и порядок заключения брака и условия заключения брака.

Во-вторых, возникает вопрос, что происходит, если лицо без гражданства имеет постоянное место жительства не в Казахстане, а в другом государстве, но брак хочет заключить в Казахстане? Нет ответа.

Все дело в том, что разработчики КоБС взяли норму п. 3 ст. 200 Закона о браке и семье. Но посмотрите, как звучал п. 3 ст. 200 Закона о браке и семье:

«Условия заключения брака лицом без гражданства на территории РК определяются законодательством государства, в котором это лицо имеет постоянное место жительства».

Здесь все понятно. Если лицо без гражданства проживает в Казахстане, применяется законодательство РК, если лицо без гражданства постоянно проживает в России или во Франции, применя-

ется законодательство России или Франции. Классическая двусторонняя коллизионная привязка!

Однако перетащив эту норму в раздел о государственной регистрации, разработчики, естественно, не могли упомянуть право другого государства, они заменили слово «государства» на Республику Казахстан, и в результате получилась полная бессмыслица.

**Заключение браков граждан РК за рубежом.** В соответствии с п.1 ст. 229 КоБС брак (супружество) между гражданами РК, проживающими за пределами РК, заключается в загранучреждениях РК.

Загранучреждения РК – это посольства и консульства РК. Такие браки нередко называют консульскими браками.

Также правомочия загранучреждениям предоставляются Консульским уставом.

Право консулу регистрировать браки закрепляется также в Консульских конвенциях. Например, в ст. 31 п. 1 (е) Консульской конвенции между РК и РФ от 28 марта 1994 г. закрепляется право консула на регистрацию браков и расторжение их при условии, что оба лица, вступающие в брак или расторгающие его, являются гражданами представляемого государства.

Согласно п. 1 ст. 230 КоБС граждане РК могут заключить брак между собой и с иностранцами или лицами без гражданства за пределами РК с соблюдением законодательства государства, на территории которого он был заключен. Такой брак признается действительным в РК, **кроме случаев, предусмотренных статьями 10 и 11 КоБС** (выделено мной). – М.С.).

Ст. 10 КоБС закрепляет брачный (супружеский) возраст, который в Казахстане составляет 18 лет. В отдельных случаях (беременность, рождение ребенка) регистрирующие органы могут снизить возраст на срок не более двух лет.

В ст. 11 КоБС названы лица, между которыми не допускается заключение брака (между лицами одного пола, лицами, из которых хотя бы одно лицо уже состоит в другом зарегистрированном браке (супружестве), близкими родственниками, усыновителями и усыновленными, детьми усыновителей и усыновленными детьми, лицами, из которых хотя бы одно признано недееспособным вследствие психического заболевания или слабоумия).

**Заключение браков между иностранцами за рубежом.** В соответствии с п.2 ст. 230 КоБС брак (супружество) между иностранцами, заключенный за пределами РК, с соблюдением законодательства государства, на территории которого он заключен, признается действительным в РК, **если он не противоречит законодательству РК** (выделено мной). – М.С.).

Необходимо обратить внимание на логическую неувязку в ст. 230 КоБС: если брак заключен между гражданами РК и иностранцем, не

требуется соблюдение законодательства РК, кроме статей 10 и 11 КоБС; а если брак заключен за рубежом по их законам, то требуется соответствие **всему** законодательству РК. То есть для иностранцев более жесткие требования, чем для наших граждан. Это в корне неверно и противоречит основам международного права.

Следует обратить внимание, насколько грамотно были выстроены эти отношения в Законе о браке и семье:

а) если брак с иностранцем заключается в Казахстане, условия заключения брака для иностранца определяются по праву страны, гражданином которой он является, однако с соблюдением требований статей 9-11 Закона о браке и семье (добровольное требование согласие на брак, брачный возраст, лица, между которыми заключение не допускается п.2 ст. 200);

б) браки между гражданами РК и браки между гражданами РК и иностранцами за рубежом заключаются по законодательству государства, на территории которого они заключены, и признаются действительными в РК, кроме случаев, предусмотренных статьей 11 Закона о браке и семье (п.1 ст. 202 Закона). То есть условие о добровольном согласии и брачном возрасте может быть не соблюдено;

в) браки между иностранцами, заключенные за пределами РК по законодательству иностранного государства, признаются действительными в РК без всяких оговорок.

И это очень логичная схема. Заключаешь брак в РК – форма и порядок заключения по законодательству РК. В остальном можешь руководствоваться своим законодательством, но с соблюдением фундаментальных начал заключения брака, закрепленных в законодательстве РК.

Заключаешь брак гражданином РК за рубежом, подчиняйся законам этого государства, но при этом имей в виду, что в Казахстане твой брак не признают по ст. 11 КоБС, то есть если вы относитесь к лицам, между которыми запрещается заключение брака.

Но если два иностранца заключили брак по своим законам, у Казахстана нет и не должно быть намерения и возможности вмешиваться в правила, установленные другим государством и признавать этот брак действительным или недействительным.

**Заключение браков между иностранцами на территории РК.** В соответствии с п.2 ст. 229 КоБС брак (супружество) между иностранцами, заключенный на территории РК в дипломатических представительствах или консульских учреждениях иностранных государств, признается действительным в РК, **если он не противоречит законодательству РК** (выделено мной). – *М.С.*)

Та же картина! Без оснований и возможностей пытаемся диктовать иностранным государствам, как им регулировать заключение браков их гражданам на их территории. А то не признаем!



А теперь сравните, как решался этот вопрос в соответствии с нормами международного частного права в п. 2 ст. 202 Закона о браке и семье:

«Браки между иностранцами, заключенные на территории РК в посольствах или консульских учреждениях иностранных государств, признаются **на условиях взаимности** (выделено мной). – М.С.) действительными в РК, если эти лица в момент заключения брака являлись гражданами иностранного государства, назначившего посла или консула в РК».

Никакого вмешательства в законодательство иностранного государства. Единственное условие: на условиях взаимности. То есть если иностранное государство признает действительными браки граждан РК, заключенные на территории этого государства в посольстве или консульстве РК, то и мы признаем действительные аналогичные браки, заключенные на территории РК.

**Признание брака недействительным.** В соответствии со ст. 231 КоБС недействительность брака (супружество), заключенного в РК или за пределами РК, определяется законодательством РК, которое действовало на момент заключения брака (супружество).

Эта статья страдает теми же недостатками, что и нормы о заключении брака: она также категорически отмечает возможность применения иностранного права к семейным отношениям.

**Расторжение брака.** Ст. 284 КоБС, посвященная государственной регистрации расторжения брака с иностранцами и лицами без гражданства дословно воспроизводит текст ст. 204 Закона о браке и семье.

В соответствии с п.1 ст. 244 КоБС расторжение брака (супружества) между гражданами РК и иностранцами и лицами без гражданства, а также брака (супружества) между иностранцами на территории РК производится в соответствии с законодательством РК.

Расторжение брака (супружество) может быть произведено в регистрирующих органах, при взаимном согласии на расторжение брака (супружества) супругов, не имеющих общих несовершеннолетних детей и при отсутствии имущественных и иных претензий друг к другу (ст. 17 КоБС). Во всех остальных случаях брак (супружество) расторгается в судебном порядке (ст. 19 КоБС).

Согласно п. 2 ст. 244 КоБС гражданин РК, проживающий за пределами территории РК, вправе расторгнуть брак (супружество) с проживающим за пределами РК супругом (супругой) независимо от его гражданства в суде РК. В случае, если в соответствии с законодательством РК допускается расторжение брака (супружества) в регистрирующем органе, брак (супружество) может быть расторгнут в загранучреждениях РК.

Это означает, что в случаях, предусмотренных ст. 17 КоБС,

гражданин РК и его супруг (супруга) могут обратиться в посольство или консульство РК за расторжением брака.

Понятие «независимо от его гражданства» означает, что второй супруг, с которым гражданин РК расторгает брак, может быть как гражданином РК, так и иностранцем.

В п.3 ст. 244 КоБС закрепляется, что расторжение брака (супружества) между гражданами РК и иностранцами или лицами без гражданства, совершенное за пределами РК с соблюдением законодательства соответствующего иностранного государства, признается действительным в РК.

В соответствии с п.4 ст. 244 КоБС расторжение брака (супружества) между иностранцами, совершенное за пределами РК с соблюдением законодательства соответствующего иностранного государства, признается действительным в РК.

Следует обратить внимание, что в п.п. 3 и 4 ст.244 КоБС нет добавления: «если оно не противоречит законодательству РК», как это сделано в аналогичных случаях применительно к заключению брака (п.п.1 и 2 ст. 230 КоБС). Это правильно. Однако возникает противоречие между однотипными случаями при заключении брака и при его расторжении, что недопустимо.

Например, заключенный за границей брак между близкими родственниками в соответствии со ст.230 КоБС не будет признаваться действительным в РК, а расторжение этого брака – действительным. Но как можно признавать действительным расторжение недействительного брака? Это еще раз подчеркивает абсурдность норм, закрепленных в ст. 230 КоБС.

Анализ ст. 244 КоБС показывает, что ей не место в разделе о регистрации, ибо она не имеет никакого отношения к регистрации. В ней закреплены положения, касающиеся порядка и процедуры расторжения брака, то есть те нормы, которые содержатся в главе 4 КоБС «Прекращение брака» (супружества).

Данной статье место в разделе, посвященном международным семейным отношениям.

### **58.3. ПРАВООТНОШЕНИЯ МЕЖДУ РОДИТЕЛЯМИ И ДЕТЬМИ**

**Усыновление.** Важное значение для процедуры усыновления детей иностранцами имеет Конвенция о защите детей и сотрудничестве в отношении иностранного усыновления (Гаага, 29 мая 1993 г.), ратифицированная Казахстаном Законом РК от 12 марта 2010 г. №253-IV, вступившая в силу для РК 1 ноября 2010 г.

В Конвенции закреплены положения о требованиях для иностранного усыновления, центральных органах и уполномоченных организациях, процедурных требованиях при иностранном усыновлении, признании и последствиях усыновления.

В частности, в статье 2 Конвенции закрепляется, что конвенция применяется, когда ребенок, постоянно проживающий в одном Договаривающемся государстве («государство происхождения»), переехал, переезжает или должен переехать в другое Договаривающееся государство («принимающее государство») либо после его усыновления в государстве происхождения супругами или лицом, обычно проживающим в принимающем государстве, либо в целях такого усыновления в принимающем государстве или в государстве происхождения.

В соответствии со статьей 4 Конвенции усыновление по смыслу Конвенции имеет место только в случае, если компетентные власти государства происхождения:

- а) установили, что ребенок может быть усыновлен;
- б) определили после надлежащего рассмотрения возможностей устройства ребенка в государстве происхождения, что иностранное усыновление отвечает наилучшим интересам ребенка;
- в) убедились, что
  - 1) лица, учреждения и власти, согласие которых необходимо для усыновления, были должным образом проконсультированы и информированы о последствиях их согласия, в частности, в отношении того, приведет ли усыновление или нет к прекращению правовой связи между ребенком и семьей его происхождения;
  - 2) такие лица, учреждения и власти дали свое согласие добровольно, в требуемой юридической форме, выраженное или засвидетельствованное письменно;
  - 3) согласие не было дано за вознаграждение или компенсацию какого-либо рода и не было взято назад и
  - 4) где это требуется, согласие матери было дано только после рождения ребенка;
- г) убедились с учетом возраста и степени зрелости ребенка, что
  - 1) с ребенком советовались и его должным образом информировали о последствиях усыновления и о необходимости его согласия на усыновление, если такое согласие требуется,
  - 2) принимались во внимание желание и мнение ребенка;
  - 3) согласие ребенка на усыновление, если такое согласие требуется, было получено добровольно, в надлежащей юридической форме, выраженной или засвидетельствованной письменно, и
  - 4) такое согласие не было дано за вознаграждение или компенсацию какого-либо рода.

Отношениям по усыновлению с иностранным элементом посвящена ст. 251 КоБС, закрепляющая:

«1. Государственная регистрация усыновления, в том числе отмена усыновления, на территории РК иностранцами ребенка, являющегося гражданином РК, производится в соответствии с зако-

нодательством РК с соблюдением требований настоящего кодекса.

2. Контроль за детьми, переданными на усыновление иностранцам, осуществляется заграничными учреждениями РК и уполномоченным органом в области защиты прав детей РК».

В статье 231 КоБС были перенесены п.п.1 и 6 ст. 209 Закона о браке и семье, содержащейся в разделе 7 Закона, посвященного международному семейному праву.

Ст. 251 КоБС явно находится не на своем месте, ибо п. 1 должен определять на регистрацию усыновления, общий порядок усыновления граждан РК иностранцами и место ей не здесь, а в разделе, посвященном международному семейному праву. Тем более, что глава 32 КоБС так и называется «Применение норм брачно-семейного законодательства к иностранцам и лицам без гражданства». В п.1 ст. 251 КоБС речь идет как раз о применении норм законодательства РК к иностранцам.

Кроме того, совсем не обязательно ссылаться на все требования КоБС, в главе 13 КоБС четко выделены статьи, посвященные усыновлению детей иностранцами.

Пункт 2 статьи 251 КоБС не имеет никакого отношения к регистрации усыновления.

В соответствии с главой 13 КоБС «Усыновление ребенка» выделяются четыре группы усыновления:

1) родственники детей независимо от гражданства и места жительства (ст. 84 КоБС, п. 1 Правил передачи детей, являющихся гражданами РК, на усыновление, утвержденных постановлением Правительства РК от 30 марта 2012 г. №380 – Далее: Правила передачи детей).

Усыновителями не могут быть лица без гражданства (подпункт 10) п. 4 Правил о передаче детей).

2) граждане РК, постоянно проживающие на территории РК;

3) граждане РК, постоянно проживающие за пределами РК;

4) иностранцы.

Первоочередными усыновителями являются родственники ребенка независимо от гражданства. Только они, а также лица, состоящие в браке (супружестве) с матерью или отцом усыновленного ребенка (детей), могут усыновлять детей, единственный или оба родителя которых дали согласие на усыновление ребенка (подпункт 4) п. 2 ст. 84 КоБС). Следовательно, родственник ребенка, проживающий, например, во Франции, может усыновить любого ребенка, оставшегося сиротой или без попечения родителей, указанного в п.2 ст. 84 КоБС).

Родственники детей независимо от гражданства и места жительства, а также граждане РК, постоянно проживающие на территории РК, могут усыновлять детей, состоящих как на первичном,

региональном, так и на централизованном учете детей-сирот, детей, оставшихся без попечения родителей, в Республиканском банке данных.

Граждане РК, постоянно проживающие за пределами РК, и иностранцы могут усыновлять только детей, являющихся гражданами РК, состоящих на централизованном учете в Республиканском банке данных (п. 4 ст. 84 КоБС).

Порядок первичного, а также регионального и централизованного учета в Республиканском банке данных детей-сирот, детей, оставшихся без попечения родителей закреплен в ст. 117 КоБС<sup>1</sup>.

Порядок функционирования Республиканского банка данных закреплен в главе 15-1 (ст.ст. 118.1-118.5 КоБС).

Дети, являющиеся гражданами РК, состоящие на централизованном учете, могут быть переданы на усыновление иностранцам только в случае, если ребенок не может быть усыновлен родственниками, гражданами РК, проживающими на территории РК и за ее пределами.

При рассмотрении дела об усыновлении ребенка иностранцами суд обязан удостовериться в реализации уполномоченным органом в области защиты прав детей РК права первоочередного усыновления этого ребенка родственниками независимо от гражданства и места жительства либо гражданами РК (части 2 и 3 п. 4 ст. 84 КоБС).

В соответствии с подпунктом 7) п.2 ст. 313 ГПК к заключению органов опеки и попечительства, которое представляется в суд при рассмотрении заявления усыновителя об усыновлении, прилагаются, помимо прочих документов:

«7) при усыновлении ребенка гражданами Республики Казахстан, постоянно проживающими за пределами Республики Казахстан, иностранцами документ, подтверждающий факт нахождения на **централизованном учете** в уполномоченном органе в сфере защиты прав детей, а также документы, подтверждающие реализацию уполномоченным органом в сфере защиты прав детей права первоочередного усыновления этого ребенка родственниками независимо от их гражданства и места жительства либо гражданами Республики Казахстан».

В п. 11 Нормативного постановления Верховного Суда РК от 31 марта 2016 г. №2 «О практике применения судами законодательства об усыновлении (удочерении) детей закрепляется:

«Рассматривая дела об усыновлении ребенка – гражданина Республики Казахстан, гражданами Республики Казахстан, постоян-

<sup>1</sup> См.: Правила организации учета детей-сирот, детей, оставшихся без попечения родителей и подлежащих усыновлению, и доступа к информации о них, утвержденные приказом Министра образования и науки РК от 16 января 2015 г. №16.

но проживающими за пределами территории Республики Казахстан, иностранными гражданами судам следует иметь в виду следующее:

1) усыновление детей допускается только в случаях, если не представилось возможным передать этих детей на воспитание в семьи граждан Республики Казахстан, постоянно проживающих на территории Республики Казахстан (усыновление, опека, попечительство, патронатное воспитание или формы устройства детей, оставшихся без попечения родителей, предусмотренные законом), или на усыновление родственникам детей независимо от места жительства и гражданства этих родственников (пункт 4 статьи 84 Кодекса).

Для выяснения указанных обстоятельств судам необходимо потребовать от органа, осуществляющего функции по опеке или попечительству, документы, подтверждающие невозможность передачи ребенка на воспитание в семью граждан Республики Казахстан или на усыновление родственникам ребенка независимо от гражданства и места жительства этих родственников, данные о регистрации усыновляемого ребенка на первичный, региональный учет, а также от уполномоченного органа в области защиты прав детей Республики Казахстан данные о постановке усыновляемого ребенка на централизованный учет. При исследовании названных документов следует проверить, с какого времени ребенок состоит на учете, истек ли трехмесячный срок постановки на централизованный учет, предлагался ли ребенок на воспитание или усыновление гражданам Республики Казахстан или родственникам ребенка, если предлагался, то по какой причине они отказались от принятия ребенка в семью, допросить родственников и лиц, которые отказались от усыновления данного ребенка, подписывались ли ими заявления об ознакомлении со сведениями о ребенке и отказе от усыновления либо принятии на воспитание в семью;

2) граждане, претендующие на усыновление ребенка – гражданина Республики Казахстан и зарегистрированные в установленном порядке через аккредитованные агентства по усыновлению, должны представить суду заключение компетентного органа государства, гражданами которого они являются либо имеют постоянное место жительства, об условиях их жизни и о возможности быть усыновителем, разрешение компетентного органа на въезд усыновленного ребенка из Республики Казахстан в принимающее государство. При исследовании судом заключения об условиях жизни данных граждан и о возможности быть усыновителями, составленного иностранной организацией по усыновлению (агентством по усыновлению), необходимо проверить, предоставлены ли этой организации полномочия составлять такие заключения от имени компетентного органа соответствующего государства».

Усыновление детей иностранцами разрешается лишь гражданам страны, имеющей равнозначные с Республикой Казахстан международные обязательства в сфере защиты прав и интересов детей (п. 5 ст. 84 КоБС). Как отмечено в п. 13 Нормативного постановления Верховного Суда РК от 30 марта 2006 г. №2 «с целью выяснения указанных обстоятельств необходимо проверять факт ратификации и признания страной усыновителей ряда Конвенций в области защиты прав детей, ратифицированных Республикой Казахстан, а также наличие двусторонних соглашений об оказании правовой помощи, заключенных между Республикой Казахстан и страной усыновителей».

В соответствии с п. 3 ст. 85 КоБС граждане РК, постоянно проживающие за пределами РК, и иностранцы подают в уполномоченный орган в области защиты прав детей (Комитет по охране прав Министерства образования и науки РК):

- 1) заявление о желании усыновить ребенка;
- 2) справку, выдаваемую специально уполномоченными иностранными государственными органами и организациями по усыновлению. В справке должны быть указаны доходы, семейное положение, состояние здоровья, в том числе психического, отсутствие наркотической (токсической) алкогольной зависимости, отсутствие судимости, личные нравственные качества потенциальных родителей.

После предоставления документов усыновитель должен иметь с ребенком непосредственный контакт не менее четырех недель.

Учет лиц, являющихся гражданами РК, постоянно проживающих за пределами РК, иностранцев, желающих усыновить детей, являющихся гражданами РК, производится загранучреждениями РК в порядке, определяемом Правительством РК<sup>1</sup>.

Усыновление детей, являющихся гражданами РК, гражданами РК постоянно проживающими за границей, и иностранцами осуществляется через агентства по усыновлению (удочерению) – некоммерческие, иностранные организации, осуществляющие деятельность по усыновлению (удочерению) детей на территории своего государства и аккредитованные для осуществления подобной деятельности на территории РК в порядке, установленном КоБС (подпункт 10) п. 1 ст. 1 КоБС).

Порядок проведения аккредитации агентств по усыновлению установлен главой 14 КоБС (ст.ст. 111-114), а также Правилами аккредитации агентств по усыновлению, утвержденными приказом Министра образования и науки РК от 9 декабря 2014 г. №513.

В соответствии с п.4 ст. 86 КоБС усыновители, являющиеся

<sup>1</sup> Приказ Министра образования и науки РК от 5 декабря 2014 г. №508 «Об утверждении Правил учета иностранцев, желающих усыновить детей, являющихся гражданами РК.

гражданами РК, постоянно проживающими за пределами РК, и иностранные усыновители обязаны в первые три года после вступления в законную силу решения суда об усыновлении через каждые шесть месяцев, в последующие годы – не реже одного раза в год до достижения ребенком восемнадцатилетнего возраста предоставить в уполномоченный орган в области защиты прав детей РК отчеты об условиях жизни, обучения, воспитания и о состоянии здоровья усыновленного ребенка. Отчеты предоставляются через загранучреждения РК, находящиеся в стране проживания усыновителя и ребенка. В случае непредставления или несвоевременного представления отчетов деятельность агентства по усыновлению, представляющего интересы усыновителей при усыновлении ребенка в РК, подлежит досрочному прекращению.

Организация представления таких отчетов производится находящимися на территории РК филиалами и (или) представительствами агентств по усыновлению, учет отчетов и информации о постановке усыновленных детей на консульский учет ведется в порядке, определяемом уполномоченным органом в области защиты прав детей РК (п.п. 3-6 ст. 114 КоБС)<sup>1</sup>.

Дети, усыновленные иностранцами, ставятся на учет в Министерстве иностранных дел РК до их выезда за границу. Контроль за этими детьми осуществляется загранучреждениями РК<sup>2</sup>.

При отмене усыновления иностранными гражданами либо признания усыновления недействительным выписка из решения суда должна быть направлена в Комитет по охране прав детей Министерства образования и науки Республики Казахстан для решения вопроса о возврате ребенка – гражданина Республики Казахстан в страну происхождения на основании пункта 1 статьи 21 Конвенции о защите детей и сотрудничестве в отношении иностранного усыновления от 29 мая 1993 года (п.22 Нормативного постановления Верховного Суда РК от 31 марта 2016 г.).

КоБС в своей основной части определяет также условия:

1) усыновления на территории РК гражданами РК ребенка, являющегося иностранцем (п.2 ст. 87 КоБС) и 2), усыновления ребенка, являющегося гражданином РК, произведенное компетентным органом государства, гражданином которого является усыновитель (п. 3 ст. 87 КоБС).

В первом случае необходимо получить согласие законного пред-

---

<sup>1</sup> См.: Приказ Министра образования и науки РК от 20 марта 2012 №112 «Об утверждении Правил учета отчетов и информации о постановке детей на консульский учет».

<sup>2</sup> См.: Правила постановки на учет в Министерстве иностранных дел РК и осуществления загранучреждениями РК. Контроль за детьми, являющимися гражданами РК, переданными на усыновление иностранцам, утвержденные Приказом исполняющего обязанности Министра иностранных дел РК от 3 апреля 2015 г. №11-1-2/130.



ставителя ребенка и компетентного органа государства, гражданином которого является ребенок, а также, если это требуется в соответствии с законодательством указанного государства, согласие ребенка на усыновление.

Во втором случае данное усыновление признается действительным в РК при условии получения предварительного разрешения от местного исполнительного органа по месту его проживания или его родителей до выезда за пределы территории РК.

Данные пункты воспроизводят соответственно пункты 2 и 3 ст. 209 Закона о браке и семье, расположенные в разделе, посвященном международному семейному праву. Это было логично, так как отношения, регулируемые этими пунктами, целиком и полностью относятся к сфере МЧП. Однако ликвидировав статью об усыновлении в разделе международного семейного права, разработчики КоБС, не сумев разместить ее положение в главе о регистрации усыновления, вынуждены были поместить ее в главу об общих положениях усыновления.

#### 58.4. ОПЕКА И ПОПЕЧИТЕЛЬСТВО

Статья об опеке и попечительстве с участием иностранцев находится не в КоБС, а в ГК. Это было связано с недоработками разработчиков Закона о браке и семье, которые забыли включить эту статью в КоБС. Какое-то время этот вопрос был вообще не урегулирован в РК, поэтому пришлось спешно включить эту статью в находящийся в Парламенте РК проект ГК (Особенная часть). Разработчики КоБС данную ошибку не исправили, поэтому статья об опеке и попечительстве так и осталась в ГК.

Между прочим, данный факт подтверждает правильность мнения, что семейное право является частью гражданского права.

В ст. 1124 ГК выделяется несколько правоотношений, к которым применяются коллизионные нормы:

1) **Установление и отмена опеки и попечительства.** В соответствии с п. 1 ст. 1124 ГК опека и попечительство над несовершеннолетними, недееспособными или ограниченными в дееспособности устанавливаются и отменяются по личному закону лица, в отношении которого устанавливаются или отменяются опека и попечительство. Это значит, что если устанавливается опека или попечительство над гражданином РК или лицом, постоянно проживающим в РК, гражданином Франции, будет применяться законодательство РК – Личный закон подопечного (*lex nationalis* или *lex domicilii*).

2) **Обязанность опекуна (попечителя) принять опекунство (попечительство)** определяется по личному закону лица, назначаемого опекуном (попечителем) (п. 2 ст. 1124 ГК).

В нашем случае будет применяться законодательство Франции.

**3) Правоотношения между опекуном (попечителем) и лицом, находящимся под опекой (попечительством).** Согласно п. 3 ст. 1124 ГК эти правоотношения определяются по праву страны, учреждение которой назначило опекуна (попечителя). Однако если лицо, находящееся под опекой (попечительством), проживает в РК, применяется право РК, если оно более благоприятно для этого лица.

Следовательно, если опекуна назначило учреждение Казахстана, применяется законодательство РК. Однако если опекунство было назначено в Таджикистане, а подопечный проживает в РК, применяется законодательство РК, если оно более благоприятно для подопечного, чем законодательство Таджикистана.

**4) Опека (попечительство), установленная над гражданами РК, проживающими вне пределов РК.** В соответствии с п.4 ст. 1124 ГК эта опека (попечительство) признается действительной в РК, если против установления опеки (попечительства) или против ее признания нет оснований на законе возражений соответствующего Консульского учреждения РК.

Следовательно, если гражданин РК постоянно проживает во Франции и над ним учреждением Франции установлена опека (попечительство), данная опека (попечительство) признается действительной в РК. В то же время консул РК во Франции может заявить возражения, основанные на законе, или против установления опеки (попечительства), или против признания ее в РК. Эти возражения должны быть основаны на законе и содержать обоснованные причины (ущемление прав подопечного, отрицательные характеристики опекуна и т.п.). Если, несмотря на эти возражения, опекунство все же будет установлено, Казахстан имеет право отказать в признании такого опекунства.

### 59.1. ПОНЯТИЕ МЕЖДУНАРОДНОГО ТРУДОВОГО ПРАВА

Проблема понятия международного трудового права (МТП) в юридической литературе по трудовому праву, и в частности по международному трудовому праву, не нашла удовлетворительного разрешения. Высказываются самые различные точки зрения, но основная сводится к тому, что МТП – это отрасль международного публичного права<sup>1</sup>. С этим никто не спорит, но как быть с коллизионным и другим национальным законодательством, которое, несомненно, входит в МТП?

В конечном итоге речь идет об отношении специалистов в области МТП к международному частному праву. Здесь встречаются полярные точки зрения. В частности, Н.Л. Лютов заявляет, что включение разделов о трудовых отношениях, осложненных иностранным элементом, в структуру международного частного права представляется неоправданным. Коллизионное национальное законодательство, касающееся отношений в сфере труда, применяется к отношениям, регулируемым нормами национального трудового права. Следовательно, нет никаких оснований для невключения трудовых отношений, осложненных иностранным элементом, в состав отрасли внутреннего трудового права<sup>2</sup>.

В конечном счете Н.Л. Лютов предлагает различать МТП в узком смысле как одну из отраслей международного права, и в широком смысле как область научного знания и учебную дисциплину, объединяющую в себе систему правовых актов в сфере труда, применяющихся шире рамок одного государства<sup>3</sup>.

На мой взгляд, это не решение проблемы, а уход от него. Во-первых, бессмысленно сравнивать МТП в системе права и МТП в

---

<sup>1</sup> См., например: *Иванов С.А.* Международное трудовое право // Трудовое право: Энциклопедический словарь. 4-е изд. М.: Советская энциклопедия, 1979. С. 217; *Киселев И.Я.* Сравнительное и международное трудовое право: Учебник для вузов. М., 1999. С. 447-449; *Международное трудовое право: Учебник.* Алматы: Данекер, 2000. С. 7-12; *Лушников М.В., Лушников А.М.* Международное и сравнительное трудовое право и право социального обеспечения: введение в курс: Учебное пособие. М.: Юрлитинформ, 2011. С. 60; *Лютов Н.Л.* Эффективность норм международного трудового права: Монография. М.: Проспект, 2015. С. 7-28.

<sup>2</sup> См.: *Лютов Н.Л.* Указ. соч. С. 13.

<sup>3</sup> См.: Там же. С. 27.

системе науки и образования. Во-вторых, неверно определять МТП в системе науки и как учебную дисциплину, и как систему правовых актов. Система правовых актов может быть только в системе права или законодательства. А в системе науки действует система научных категорий и понятий, в системе юридического образования – система учебных предметов и тем лекций.

В то же время в науке МТП распространено представление о нем как комплексном объединении правовых норм<sup>1</sup>, в том числе как о комплексной отрасли права<sup>2</sup>.

Некоторые авторы выделяют международное публичное трудовое право как отрасль международного права и международное частное трудовое право как национальное право, регулирующее отношение в сфере труда, осложненные иностранным элементом<sup>3</sup>.

Приходится констатировать, что четкого представления о месте МТП в системе права в науке МТП не сформировано.

Я не буду подробно анализировать место МТП в системе права с позиции теории права, поскольку здесь можно применить те теоретические положения, которые я изложил в главе 1 настоящего учебника.

МТП можно рассматривать как отрасль или подотрасль международного публичного права.

В то же время МТП занимает определенное место в системе международного частного права. Поэтому можно спокойно говорить о международном частном трудовом праве. В этом смысле МТП является институтом международного частного права. В силу того, что международное частное право является комплексной отраслью права в системе частного права, то и МТП как институт этой комплексной отрасли включает в себя как нормы международных договоров в сфере трудовых отношений, так и нормы национального законодательства, регулирующие трудовые отношения, осложненные иностранным элементом.

В этом заключаются мои принципиальные расхождения с пред-

---

<sup>1</sup> См., например: *Гусов К.Н., Курилин М.Н.* Международно-правовое регулирование труда (в конвенциях и рекомендациях МОТ). М., 1992. С. 17; *Киселев И.Я.* Сравнительное и международное трудовое право: Учебник для вузов. М., 1999; *Черняева Д.В.* Международные стандарты труда (международное публичное трудовое право); Учеб. пособие. М., 2008.

<sup>2</sup> См.: *Бугров Л.Ю.* О содержании термина «международное трудовое право» // Международное российское и зарубежное законодательство о труде и социальном обеспечении: современное состояние (сравнительный анализ) / Материалы VII международной научно-практической конференции / Под ред. К.Н. Гусова. М., 2011. С. 24.

<sup>3</sup> См.: *Лушиникова М.В., Лушиников А.М.* Указ. соч. С. 52-53; *Лютков Н.Л., Морозов П.Е.* Международное трудовое право. Учебное пособие. М.: Проспект, 2011. С. 6-8.

ставителями науки МТП, которые признают международное частное трудовое право лишь как часть национального права.

Чтобы не смешивать МТП в системе международного публичного права с МТП в системе международного частного права, мы можем использовать далее термин «международное частное трудовое право» (МЧТП).

Специфика международных трудовых отношений заключается в наличии иностранного элемента. Следовательно, международные трудовые отношения – это трудовые отношения, осложненные иностранным элементом.

Это и есть предмет МТП.

## 59.2. ИСТОЧНИКИ МЧТП

Из международных договоров наибольшее значение имеют:

Конвенции Международной Организации Труда (МОТ). Конвенции МОТ принимаются, в отличие от других международных договоров, не в результате дипломатических переговоров между государствами, а на Международной конференции труда. Порядок вступления в силу конвенций определяется в самой конвенции. Обычно она вступает в силу через 12 месяцев после даты регистрации Генеральным директором Международного бюро труда (МБТ) двумя или более (до 30) государствами.

МОТ была создана на основании Версальского мирного договора в 1919 г. как структурное подразделение Лиги Наций. В 1946 г. МОТ получила статус специализированного учреждения ООН, занимающегося регулированием трудовых отношений. В структуру МОТ входят следующие органы: Генеральная конференция, Административный Совет, Международное Бюро Труда. МОТ базируется на принципе трипартизма, то есть в ней участвуют на равных представители работников, работодателей и правительств. Деятельность МОТ регулируется ее Уставом<sup>1</sup>.

В Декларации МОТ об основополагающих принципах и правах в сфере труда 1998 г. перечисляются приоритетные направления нормотворческой деятельности МОТ в сфере труда и основополагающие принципы, которые должны соблюдаться государствами-членами не независимо от факта ратификации той или иной конвенции МОТ, а лишь в силу присоединения к Уставу организации и Филадельфийской декларации МОТ 1944 г., являющейся приложением к Уставу<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> URL: <http://www.avia3000.narod.org/ORG/MOT-ystav>

<sup>2</sup> В Филадельфийской декларации относительно целей и задач МОТ закреплены фундаментальные принципы МОТ, применяющиеся и поныне: а) труд не является товаром; б) свобода слова и профсоюзной деятельности является необходимым условием постоянного прогресса; в) нищета в любом месте является угро-

К этим принципам относятся:

1) свобода объединения и действительное признание права на ведение коллективных переговоров; 2) упразднение всех форм принудительного или обязательного труда; 3) действительное запрещение детского труда; и 4) недопущение дискриминации в области труда и занятий.

Позиция МОТ заключается в продвижении первоочередной реализации государствами-членами именно этих четырех принципов и стремлении к тому, чтобы восемь так называемых фундаментальных конвенций, посвященных этим принципам, были ратифицированы всеми государствами-участниками МОТ<sup>1</sup>.

Рассмотрим эти принципы:

1) *свобода объединения и действительное признание права на ведение коллективных переговоров.* Эти права закреплены в документах ООН: Всеобщей декларации прав человека 1948 г. (п.4 ст. 23, ст. 20), Международном пакте о гражданских и политических правах 1966 г. (ст. 22), Международном пакте о гражданских и политических правах 1966.

Среди многочисленных Конвенций МОТ следует отметить две фундаментальные конвенции: Конвенция 1948 г. относительно свободы ассоциации и защиты права на организацию (№97) и Конвенция 1949 г. относительно применения принципов права на организацию и заключение коллективных договоров (№98).

Казахстан присоединился к Конвенции МОТ о трехсторонних консультациях (международные трудовые нормы), принята в Женеве 21 июня 1976 г., ратифицирована Казахстаном 30 декабря 1997 г., и к Конвенции о представительстве трудящихся 1971 г., принята в Женеве 23 июля 1971 г., ратифицирована Казахстаном 30 декабря 1999 г.

2) *Упразднение всех форм принудительного или обязательного труда.*

Начиная с 1815 г. в мире заключено более трехсот международных актов, направленных на запрет рабства и принудительного труда. Один из важнейших международных актов – принятая еще в рамках Лиги наций Конвенция относительно рабства, подписанная в Женеве 25 сентября 1926 г. с изменениями, внесенными Протоколом от 7 декабря 1953 г. Положения о запрете рабства и принуди-

---

зой для общего благосостояния; г) борьба с нуждой должна вестись с неослабевающей силой в каждом государстве и путем постоянных и объединенных международных усилий, при которых представители рабочих и предпринимателей, пользующиеся равными правами с представителями правительств, присоединятся к ним в свободном обсуждении и принятии демократических решений в целях содействия общему благосостоянию.

<sup>1</sup> См. об этом: *Люттов Н.Л., Морозов П.Е.* Международное трудовое право: Учебное пособие. М.: Проспект, 2011. С. 10-11.

тельного труда содержатся во всех документах ООН о правах человека и гражданина.

В развитие Конвенции 1926 г. была принята Дополнительная конвенция ООН об упразднении рабства, работорговли и институтов и обычаев, сходных с рабством 1956 г.

Фундаментальными конвенциями МОТ по этому вопросу являются Конвенция 1930 г. относительно принудительного или обязательного труда (№29) и Конвенция 1957 г. об упразднении принудительного труда (№105). Последнюю Конвенцию Казахстан ратифицировал 14 декабря 2000 г.

К сожалению, эти вопросы остаются актуальными для Казахстана и в настоящее время. В печати сообщается о случаях похищения людей для принудительного труда. Нередко встречаются случаи торговли людьми, особенно женщинами для занятия проституцией.

Этой проблеме посвящена Резолюция 317 (IV) Генеральной Ассамблеи ООН «Конвенция о борьбе с торговлей людьми и с эксплуатацией проституции третьими лицами», и «Протокол о предупреждении, пресечении и наказании за торговлю людьми, особенно женщинами и детьми» (Палермский протокол 2000 г.).

Следует также иметь в виду, что в ст. 1 Дополнительной конвенции ООН 1956 г. перечислены сходные с рабством институты и обычаи: а) долговая кабала; б) крепостное состояние, т.е. такое пользование землей, при котором пользователь обязан жить и работать на земле, принадлежащей другому лицу, и не может изменить это свое состояние; в) семейное рабство женщины; г) любой институт или обычай, в силу которого ребенок моложе 18 лет передается своими родителями или опекуном другому лицу, за вознаграждение или без такового, с целью эксплуатации этого ребенка или его труда.

Не секрет, что в Казахстане эти институты и обычаи имеют место, особенно пункт в) – семейное рабство женщины.

3) *Запрещение детского труда.* Наиболее важным международным правовым актом по этому вопросу следует считать Конвенцию ООН «О правах ребенка» 1989 г., ратифицированную Казахстаном 8 июня 1994 г. Для надзора за соблюдением Конвенции при ООН был создан Комитет по правам ребенка. Дополнительно к Конвенции были приняты Факультативный протокол, касающийся торговли детьми, детской порнографии и детской проституции, а также Факультативный протокол, касающийся участия детей в вооруженных конфликтах (6 сентября 2002 г.). Казахстан ратифицировал эти Факультативные протоколы 4 июля 2001 г. Кроме того, был принят Закон РК от 8 августа 2002 г. «О правах ребенка».

В рамках МОТ были приняты две фундаментальные конвенции: Конвенция 1973 г. о минимальном возрасте приема на работу

(№138). (Казахстан ратифицировал ее 14 декабря 2000 г.) и Конвенция 1999 г. о запрещении и немедленных мерах по искоренению наихудших форм детского труда (№182). Казахстан ратифицировал эту Конвенцию 26 декабря 2002 г.

4) *Недопущение дискриминации в области труда и занятий*. По этому вопросу было принято громадное количество международных правовых актов. Он нашел отражение во всех международных документах, посвященных правам человека, прежде всего во Всеобщей декларации прав человека 1948 г. (ст. 2).

Отдельным видам дискриминации посвящены такие акты ООН, как Международная конвенция о ликвидации всех форм расовой дискриминации 1965 г., Конвенция о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин 1979 г., Международная конвенция о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей 1990 г.

Фундаментальными конвенциями МОТ в этой сфере считаются: Конвенция 1951 г. о равном вознаграждении мужчин и женщин за труд равной ценности (№100) (Казахстан ратифицировал ее 10 декабря 2002 г.) и Конвенция 1958 г. о дискриминации в области труда и занятий (№111).

Кроме этого, можно назвать такие акты МОТ, как Конвенция 1962 г. об основных целях и нормах социальной политики (№117), Конвенция 1981 г. о равном обращении и равных возможностях для трудящихся мужчин и женщин: трудящиеся с семейными обязанностями (№156) (ратифицирована Казахстаном 16 ноября 2012 г.), Конвенция 1983 г. о профессиональной реабилитации и занятости инвалидов и большое количество других актов МОТ.

Кроме перечисленных конвенций, направленных на реализацию четырех принципов МОТ, существует огромное количество Конвенций МОТ, посвященных политике в области занятости и социальной политики, социального обеспечения, касающихся оплаты труда, рабочего времени и времени отдыха, охраны труда (например, Конвенция МОТ 1928 г. о создании процедуры установления минимальной заработной платы (№26), ратифицированная Казахстаном 7 апреля 2014 г.); посвященных регулированию труда отдельных социальных и профессиональных категорий работников<sup>1</sup>.

Таким образом, из Конвенций МОТ, ратифицированных Казахстаном, можно назвать следующие:

1. Конвенция МОТ о трехсторонних консультациях (междуна-

---

<sup>1</sup> Подробнее о Конвенциях МОТ и других международных правовых актах в сфере трудовых отношений см., например: *Люттов Н.Л., Морозов П.Е.* Международное трудовое право: Учебное пособие. М.: Проспект, 2011; *Гусов К.Н., Люттов Н.Л.* Международное трудовое право: Учебник. М.: Проспект, 2013.



родные трудовые нормы), принята в Женеве 21 июня 1976 г. (ратифицирована 30 декабря 1999 г.).

2. Конвенция МОТ о представительстве трудящихся, принята в Женеве 23 июля 1971 г. (ратифицирована 30 декабря 1999 г.).

3. Конвенция МОТ №105 об упразднении принудительного труда, принята в Женеве 25 июля 1957 г. (ратифицирована 14 декабря 2000 г.).

4. Конвенция МОТ №138 о минимальном возрасте для приема на работу, принята в Женеве 6 июня 1973 г. (ратифицирована 14 декабря 2000 г.).

5. Конвенция МОТ №100 о равном вознаграждении мужчин и женщин за труд равной ценности, принята в Женеве 6 июня 1951 г. (ратифицирована 14 декабря 2000 г.).

6. Конвенция МОТ №182 о запрещении и немедленных мерах по искоренению наихудших форм детского труда, принята в Женеве 17 июня 1999 г. (ратифицирована 26 декабря 2002 г.).

7. Конвенция МОТ №156 о равном обращении и равных возможностях для трудящихся мужчин и женщин: трудящиеся с семейными обязанностями, принята в Женеве 3 июня 1981 г. (ратифицирована 16 ноября 2012 г.).

8. Конвенция МОТ №26 о создании процедуры установления минимальной заработной платы, принята в Женеве 16 июня 1928 г. (ратифицирована 7 апреля 2014 г.).

Законодательство Республики Казахстан, регулирующее трудовые отношения, распространяются и на иностранцев, за изъятиями, установленными законом. В то же время существует система нормативных правовых актов, нормы которых регулируют непосредственно трудовые отношения иностранцев в Казахстане.

Более подробно об этих актах целесообразно рассказать в параграфе, посвященном трудовым правам иностранцев в РК.

### **59.3. КОЛЛИЗИОННЫЕ ВОПРОСЫ В ОБЛАСТИ МЕЖДУНАРОДНЫХ ТРУДОВЫХ ОТНОШЕНИЙ**

В большинстве стран действует ограничение применения принципа автономии воли сторон применительно к трудовому контракту.

Если в гражданско-правовом договоре основной коллизионной привязкой является закон, выбранный странами (*lex voluntatis*), и лишь затем закон страны продавца (*lex venditoris*), то в трудовом договоре основной привязкой является закон места работы (*lex loci laboris*) – место нахождения предприятия, где трудится работник.

Этот коллизионный принцип применяется во многих странах

(Австрия, Венгрия, Испания, Швейцария, Бразилия, другие страны ЕС). Хотя в некоторых странах не ограничивается право выбора применимого права (Великобритания, Италия, Германия, Канада).

Иногда под *lex loci laboris* понимается место нахождения правления предприятия, закон флага судна, закон перевозчика, закон места регистрации судна. При командировании работника в другое государство действует закон страны учреждения, командировавшего работника (*lex loci delegationis*).

Иногда применяются дополнительные коллизионные привязки. Например, в Законе о международном частном праве Чехии – закон места нахождения работодателя, если оно не совпадает с местом выполнения работы. В Австрийском законе о международном частном праве закреплено положение, что когда работник осуществляет трудовую деятельность в разных странах, применяется закон страны, где наниматель имеет обычное место нахождения, или в которой преимущественно осуществляется его хозяйственная деятельность.

Многие государства используют также закон наиболее тесной связи (*proper law*). Коллизионные нормы содержатся в ряде Конвенций МОТ. Например, в Конвенции, регулирующей труд моряков (Конвенции №22 (1926 г.) о трудовых соглашениях моряков) в качестве главной коллизионной привязки используется закон государства регистрации судна.

Определенные коллизионные конвенции разработаны в рамках ЕС, например, Конвенция ЕС относительно права, применимого к договорным отношениям 1980 г.

#### **59.4. ТРУДОВЫЕ ПРАВА ИНОСТРАНЦЕВ В РЕСПУБЛИКЕ КАЗАХСТАН**

В Конституции РК закреплён национальный режим в отношении иностранцев (п. 4 ст. 12 Конституции). То есть они пользуются теми же правами и несут те же обязанности, что и граждане Республики Казахстан. Статьей 24 Конституции РК закреплено право на труд граждан РК. Это право распространяется и на иностранцев и на лиц без гражданства.

В Законе РК от 19 июня 1995 г. «О правовом положении иностранцев» закреплены принципы равенства перед законом и национального режима для иностранцев. В ст. 6 Закона содержатся следующие положения:

«Иностранцы могут осуществлять трудовую деятельность в Республике Казахстан на основании и в порядке, установленными законодательством и международными договорами Республики Казахстан. В целях обеспечения реализации конституционного права граждан Республики Казахстан на свободу труда законода-

тельными актами могут быть установлены ограничения по осуществлению трудовой деятельности иностранцев в Республике Казахстан.

Иностранцы не могут назначаться на отдельные должности или заниматься определенным видом трудовой деятельности, если в соответствии с законодательством Республики Казахстан назначение на эти должности или занятие таким видом деятельности связаны с принадлежностью к гражданству Республики Казахстан.

Иностранцы, постоянно проживающие в Республике Казахстан, в трудовых отношениях имеют те же права и несут те же обязанности, что и граждане Республики Казахстан.

Временно пребывающие в Республике Казахстан иностранцы могут являться субъектами частного предпринимательства. При этом не допускается осуществление предпринимательской деятельности в качестве субъекта малого и среднего предпринимательства без образования юридического лица.

Иностранцы, находящиеся в Республике Казахстан, имеют право на отдых на общих основаниях с гражданами Республики Казахстан».

То есть все положения Трудового кодекса РК от 15 мая 2007 г. о трудовом договоре, режиме работы, отпусках и прочие положения применимы к иностранцам. При этом не имеют значения те ограничения, которые существуют для иностранцев в их стране гражданства (например, запрет работы для женщин).

В соответствии с ч. 1 ст. 6 Закона иностранцы могут осуществлять свои права по основаниям и в порядке, установленными законодательством и международными договорами.

В ч.2 ст. 6 Закона о правовом положении иностранцев закреплено, что иностранные граждане не могут назначаться на отдельные должности или заниматься определенным видом трудовой деятельности, если в соответствии с законодательством РК назначение на эти должности или занятие таким видом деятельности связаны с принадлежностью к гражданству РК.

Подобные ограничения широко распространены в мировой законодательной практике.

В Конвенции МОТ №143 (1975 г.) о трудовых мигрантах закреплены два условия таких ограничений:

- 1) они должны касаться небольшой категории работ и услуг;
- 2) должны вводиться в интересах государства.

В соответствии с Законом РК от 23 ноября 2015 г. «О государственной службе» иностранцы не могут занимать государственные должности и быть должностными лицами (п. 1 ст. 64 Закона). Однако на остальные должности в государственных органах иностранцы могут привлекаться (п.3 ст. 64 Закона).

Согласно Правилам привлечения иностранных работников в государственные органы РК, утвержденным Постановлением Правительства РК от 31 декабря 2015 г. №1198, иностранные работники принимаются на работу в государственные органы после прохождения специальной проверки органами национальной безопасности и утверждения их кандидатур специальной уполномоченной комиссией, утвержденной Постановлением Правительства РК.

После этого ответственный секретарь центрального исполнительного органа или должностное лицо, на которого возложены соответствующие полномочия, заключает с иностранным работником трудовой договор на срок, определяемый руководителем государственного органа РК.

В Законе РК от 22 июля 2011 г. «О миграции населения» Глава 6 называется «Иммиграция с целью осуществления трудовой деятельности».

Статья 34 Закона выделяет следующие категории иммигрантов, прибывающих с целью осуществления трудовой деятельности:

1) иностранные работники – иммигранты: прибывшие для самостоятельного трудоустройства по профессиям, востребованным в приоритетных отраслях экономики (видах экономической деятельности); привлекаемые работодателями для осуществления трудовой деятельности на территории Республики Казахстан, в том числе прибывшие в рамках внутрикорпоративного перевода;

2) бизнес-иммигранты – иммигранты, прибывшие с целью осуществления предпринимательской деятельности в соответствии с законодательством Республики Казахстан;

3) сезонные иностранные работники – иммигранты, привлекаемые на работу работодателями для выполнения сезонных работ, которые в силу климатических и иных природных условий выполняются в течение определенного периода (сезона), но не более одного года;

4) трудовые иммигранты – иммигранты, прибывшие в Республику Казахстан в качестве домашних работников с целью выполнения работ (оказания услуг) у работодателей – физических лиц в домашнем хозяйстве на основании разрешения трудовому иммигранту.

Основные понятия, закрепленные в Законе о миграции населения:

– трудовая миграция – временное перемещение физических лиц из других государств в РК и из РК, а также внутри государства для осуществления трудовой деятельности (подпункт 4) ст. 1 Закона);

– иммигрант – иностранец или лицо без гражданства, прибыв-

шее в РК для временного или постоянного проживания (подпункт 8) ст.1 Закона);

– кандас – этнический казах, постоянно проживающий на момент приобретения суверенитета Республики Казахстан за ее пределами, и его дети казахской национальности, родившиеся и постоянно проживавшие после приобретения суверенитета Республикой Казахстан за ее пределами, прибывший (прибывшие) в РК в целях постоянного проживания на исторической родине и получивший (получившие) соответствующий статус в порядке, установленном настоящим Законом (подпункт13) ст. 1 Закона);

– квота на привлечение иностранной рабочей силы – предельно допустимое количество иностранной рабочей силы, разрешимое к привлечению работодателем для осуществления трудовой деятельности на территории РК (подпункт 22) ст. 1 Закона);

– разрешение на привлечение иностранной рабочей силы – документ установленной формы, выдаваемый местным исполнительным органом работодателю для привлечения в РК иностранной рабочей силы (подпункт 23) ст. 1 Закона).

Привлечение работодателем иностранной рабочей силы осуществляется на основе разрешения, выдаваемого местными исполнительными органами в пределах квоты, устанавливаемый Правительством РК (п.1 ст. 37 Закона).

Правила установления квоты на привлечение иностранной рабочей силы в Республику Казахстан и ее распределения между регионами Республики Казахстан были утверждены Постановлением Правительства РК от 15 декабря 2016 г. №802.

В соответствии с п.4 Правил квота на привлечение иностранной рабочей силы устанавливается в процентном отношении к численности рабочей силы и включает в себя:

1) квоту на привлечение иностранной рабочей силы по видам экономической деятельности;

2) квоту на привлечение трудовых иммигрантов;

3) квоту на привлечение иностранной рабочей силы по странам исхода при наличии ратифицированных Республикой Казахстан международных договоров о сотрудничестве в области трудовой миграции и социальной защиты трудящихся-мигрантов.

Этим же постановлением был утвержден Перечень лиц, для осуществления трудовой деятельности которых не требуется разрешения местных исполнительных органов на привлечение рабочей силы (кандасы, беженцы, студенты, первые руководители филиалов или представительств иностранных юридических лиц и другие).

В Законе РК от 16 апреля 2016 г. «О занятости населения» глава 7 называется «Применение труда иностранцев в Республи-

ке Казахстан». Нормы этой главы в основном повторяют и конкретизируют положения, закрепленные в Законе о миграции населения.

Так, статья 32 Закона «Квота на привлечение иностранной рабочей силы» уточняет порядок определения Правительством РК квоты на привлечение иностранной рабочей силы. Квота устанавливается ежегодно. Она устанавливается уполномоченным органом по вопросам занятости с учетом прогноза состояния спроса и предложения на рынке труда на предстоящий (предстоящие) год (годы) и предложений уполномоченных государственных органов, осуществляющих руководство соответствующей отраслью государственного управления, местных исполнительных органов, а также работодателей (п.5 ст. 32 Закона).

Статья 33 называется «Привлечение иностранной рабочей силы» и уточняет порядок выдачи местными исполнительными органами разрешений на привлечение иностранной рабочей силы.

Статья 34 посвящена осуществлению иностранцами или лицами без гражданства трудовой деятельности в рамках самостоятельного трудоустройства.

Иностранцы или лица без гражданства могут осуществлять трудовую деятельность в Республике Казахстан на основании справок о соответствии квалификации для самостоятельного трудоустройства по востребованным в приоритетных отраслях экономики (видах экономической деятельности) профессиям, выданных местными исполнительными органами на срок не более трех месяцев, с правом продления на срок действия трудового договора, но не более трех лет.

Перечень востребованных профессий в приоритетных отраслях экономики (видах экономической деятельности) определяется уполномоченным органом по вопросам занятости населения с учетом предложений уполномоченных государственных органов, осуществляющих руководство соответствующей сферой государственного управления, местных исполнительных органов, а также работодателей.

И наконец, ст. 35 регулирует осуществление иностранцами и лицами без гражданства трудовой деятельности в рамках внутрикорпоративного перевода.

Иностранцы или лица без гражданства, привлекаемые работодателями в рамках внутрикорпоративного перевода, осуществляют временную трудовую деятельность в Республике Казахстан на основании разрешений на привлечение иностранной рабочей силы в рамках внутрикорпоративного перевода, выданных местным исполнительным органом соответствующей административно-территориальной единицы на срок, определенный трудовым договором, но не более трех лет, с правом продления на один год.

Условия и порядок выдачи разрешений на привлечение иностранной рабочей силы, осуществляемое в рамках внутрикорпоративного перевода, определяются уполномоченным органом по вопросам занятости населения.

Все четыре статьи главы 7 Закона о занятости населения введены в действие с 1 января 2017 г.

Таким образом, на основе анализа нормативных правовых актов можно сделать вывод, что иностранцы и лица без гражданства, осуществляющие трудовую деятельность в РК, являются, во-первых, иммигрантами, и, во-вторых, иностранной рабочей силой. Все они работают в рамках ежегодно утверждаемой Правительством квоты и на основе разрешений, выдаваемых местными исполнительными органами. Законы о миграции населения и о занятости населения устанавливают определенные категории лиц, на которые нормы о квотировании и выдаче разрешений не распространяются (например, работающих в автономных организациях образования на должностях руководителей и специалистов с высшим образованием, работающих в государственных органах, прибывших для самостоятельного трудоустройства по профессиям, востребованным в приоритетных отраслях экономики (видах экономической деятельности), постоянно проживающие в Казахстане и другие) (п. 2 ст. 32 Закона о занятости населения).

Иностранцев, работающих в Казахстане, можно разделить на 4 группы:

1) Иностранцы – иммигранты:

а) привлекаемые работодателями для осуществления трудовой деятельности на территории РК на общих основаниях;

б) привлекаемые работодателями для осуществления трудовой деятельности на территории РК в рамках внутрикорпоративного перевода.

Раньше внутрикорпоративный перевод без соблюдения правил о квотировании осуществлялся только в отраслях экономики, названных Правительством РК. Перечень отраслей экономики, в рамках которых осуществляется внутрикорпоративный перевод, был утвержден как Приложение 1 к Правилам установления квоты. В Перечне было более двадцати отраслей, в том числе сельское хозяйство, горнодобывающая промышленность, строительство, электроснабжение, торговля, транспорт и складирование, образование, здравоохранение, искусство и другие. Однако Законом от 16 апреля 2018 г. из п. 3 ст. 32 Закона о занятости были исключены слова «в отраслях экономики, определяемых Правительством Республики Казахстан». Надо понимать это так, что теперь внутрикорпоративный перевод без соблюдения правил о квотировании может осуществляться в любой отрасли экономики Казахстана.

Эти отношения недостаточно четко урегулированы. На практике возникает ряд вопросов, на которые нет однозначного ответа:

– Применяется ли казахстанское трудовое законодательство к иностранным работникам в рамках корпоративного перевода?

– Что означают гражданско-правовые категории «выполнение работ», «оказание услуг» применительно к трудовым отношениям, в том числе с иностранными гражданами?

– Как соотносятся гражданско-правовые категории «выполнение работ», «оказание услуг» в рамках внутрикорпоративного перевода и при направлении иностранной компанией, не имеющей в РК филиала /представительства, своих работников для оказания услуг / выполнения работ по контракту?

– Каким образом должен оформляться корпоративный перевод иностранного работника из иностранного юридического лица в казахстанское юридическое лицо, так как Трудовой кодекс подобного ряда переводы не допускал?

– Должны ли заключаться трудовые договоры с иностранными работниками, переведенными в Казахстан (в филиал, представительство, юридическое лицо)?

– Должны ли иностранные работники, прибывшие в рамках корпоративного перевода, включаться в штат казахстанского работодателя со всеми вытекающими из этого правовыми последствиями?

– Должна ли в Казахстане выплачиваться таким работникам заработная плата, или возможна выплата со стороны иностранного работодателя?

– Виза какой категории оформляется на иностранцев, пребывающих в Казахстане в рамках корпоративного перевода и возникновения гражданско-правовых отношений?

Представляется, что на эти поставленные вопросы должны быть закреплены ясные ответы в соответствующих нормативных правовых актах<sup>1</sup>.

в) прибывшие для самостоятельного трудоустройства по профессиям, востребованным в приоритетных отраслях экономики (видах экономической деятельности).

В соответствии с п. 2 ст. 34 Закона о занятости Перечень востребованных профессий в приоритетных отраслях экономики (видах экономической деятельности) определяется уполномоченным органом по вопросам занятости населения.

Эти специалисты работают на основании справки для самостоятельного трудоустройства, выдаваемой уполномоченным органом по вопросам занятости населения на срок не более трех месяцев, с

---

<sup>1</sup> См.: Чумаченко Ю., Чумаченко А. Правовые проблемы при найме иностранных специалистов в Казахстане и пути их устранения // Юрист. 2015. №7. С. 23.



правом продления при самостоятельном трудоустройстве на срок действия трудового договора, но не более трех лет (п. 3 ст. 34 Закона о занятости).

2) Бизнес-иммигранты – иммигранты, прибывшие с целью осуществления предпринимательской деятельности.

Бизнес-иммигрант в течение двухмесячного срока со дня въезда на территорию РК обязан:

а) зарегистрировать коммерческую организацию в Республике Казахстан или вступить в состав участников (акционеров) коммерческих организаций, осуществляющих деятельность на территории Республики Казахстан в соответствии с гражданским законодательством Республики Казахстан;

б) внести в банк второго уровня Республики Казахстан сумму денег не менее минимального размера, установленного законодательством Республики Казахстан, при регистрации юридического лица для формирования его уставного капитала (ст. 40 Закона о миграции населения).

Для бизнес-иммигрантов не требуется получения разрешения местных исполнительных органов на привлечение иностранной рабочей силы (Приложение 2 к Правилам установления квоты).

3) Сезонные иностранные работники – иммигранты, привлекаемые на работу работодателями для выполнения сезонных работ, которые в силу климатических или иных природных условий выполняются в течение определенного периода (сезона), но не более одного года.

Визы на въезд сезонным иностранным работникам выдаются заграничными консульствами РК на основании разрешений на привлечение иностранной рабочей силы (п.1 ст. 41 Закона о миграции населения).

Сезонные иностранные работники привлекаются на работу в отдельные отрасли экономики в соответствии с международными договорами, ратифицированными Республикой Казахстан, или на основании выдаваемых работодателям местными исполнительными органами разрешений на привлечение иностранной рабочей силы в пределах квоты на условиях и в порядке, определяемых Правительством Республики Казахстан.

Работодатели, привлекающие сезонных иностранных работников, обязаны предоставить им временное жилье, отвечающее санитарно-эпидемиологическим, техническим и другим обязательным требованиям в соответствии с законодательством Республики Казахстан о жилищных отношениях (ст. 42 Закона о миграции населения).

4) Трудовые иммигранты – иммигранты, прибывшие в Республику Казахстан в качестве домашних работников с целью выпол-

нения работ (оказания услуг) у работодателей-физических лиц в домашнем хозяйстве на основании разрешения трудовому иммигранту.

В соответствии со ст. 43-2 Закона о миграции населения разрешение трудовому иммигранту выдается на срок, указанный в заявлении о выдаче разрешения, и может составлять один, два или три месяца.

Максимальный срок разрешения трудовому иммигранту не может превышать двенадцать месяцев.

Новое разрешение трудовому иммигранту выдается не ранее чем через тридцать календарных дней после окончания срока предыдущего разрешения.

Разрешение трудовому иммигранту выдается при представлении документов, подтверждающих законность его нахождения на территории Республики Казахстан, а также уплату предварительного платежа по индивидуальному подоходному налогу на период, указанный в заявлении на получение разрешения.

Порядок выдачи, продления и отзыва разрешения трудовому иммигранту, а также порядок регистрации, формирования и ведения дакто-, фотоучетов трудовых иммигрантов определяются Министерством внутренних дел Республики Казахстан.

Разрешение трудовому иммигранту является основанием для заключения иммигрантом трудового договора по выполнению работ (оказанию услуг) у работодателей – физических лиц в домашнем хозяйстве.

### **59.5. ТРУДОВЫЕ ПРАВА ГРАЖДАН РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН, РАБОТАЮЩИХ У ИНОСТРАННЫХ РАБОТОДАТЕЛЕЙ ИЛИ ЗА РУБЕЖОМ**

Можно выделить три вида трудовой деятельности граждан РК, работающих у иностранных наймодателей или за рубежом:

- трудовая деятельность по трудовому контракту с иностранным работодателем в РК;
- трудовая деятельность по трудовому контракту с иностранным работодателем за рубежом;
- трудовая деятельность за рубежом по трудовому контракту с отечественным работодателем.

1) Трудовая деятельность граждан Республики Казахстан, работающих по трудовому контракту с иностранным наймодателем в РК.

В п. 2 ст.9 Трудового кодекса закреплено:

«Действие настоящего Кодекса, если иное не предусмотрено законами и международными договорами, ратифицированными Республикой Казахстан, распространяется на:

1) работников, в том числе на работников организаций, расположенных на территории Республики Казахстан, собственниками имущества, участниками или акционерами которых являются иностранные физические или юридические лица;

2) работодателей, в том числе на организации, расположенные на территории Республики Казахстан, собственниками имущества, участниками или акционерами которых являются иностранные физические или юридические лица».

Это означает, что граждане РК, работающие у иностранных работодателей в РК, находятся под защитой норм Трудового кодекса в такой же степени, что и другие граждане РК.

Что касается возможности предусмотреть иное законами РК, то здесь действует п.4 ст. 9 Трудового кодекса, гласящий, что законы РК не должны снижать уровень прав, свобод и гарантий, установленных трудовым кодексом.

2) Трудовая деятельность по трудовому контракту с иностранным работодателем за рубежом

Граждане РК могут выезжать в другое государство для временного проживания для осуществления в зарубежных странах временной трудовой деятельности (ст. 54 Закона о миграции населения).

Применимым правом в данном случае является право страны места работы. Национальное законодательство здесь никак не просматривается.

Соглашениями о трудовой миграции могут быть предусмотрены отдельные положения о защите прав трудовых мигрантов, в частности, о том, что стаж работы за рубежом засчитывается для назначения пенсии на Родине.

Например, Соглашение о правовом статусе трудящихся – мигрантов и членов их семей, совершенное в Санкт-Петербурге 19 ноября 2010 г. (ратифицировано Казахстаном 27 июня 2011 г.).

3) Трудовая деятельность за рубежом по трудовому контракту с отечественным нанимателем.

Речь здесь идет в основном о командировании работника за границу (например, наладка и ремонт оборудования, поставленного зарубежным покупателям).

Общее правило заключается в том, что применимым правом в данном случае выступает право командирующей страны.

Например, Конвенция ЕС относительно права, применимого к договорным обязательствам 1980 г. (п. «а» ч. 2 ст. 6) закрепляет, что применяется право страны, где работник обычно выполняет свою работу, даже если он временно работает в другой стране.

Немецкая теория заключается в признании влияния обычного места работы на трудовые отношения, где бы ни проходил сам процесс труда.

Причем к определению права места работы (*lex laboris*) в раз-

ных странах применяется или односторонняя, или двусторонняя привязка.

Примером односторонней привязки может послужить Венгерский закон о международном частном праве, в п.2 §52 которого записано, что если работник венгерского работодателя выполняет работу за границей по командировке или по более длительной зарубежной службе, то к трудовым отношениям следует применять венгерское право.

В качестве примера двусторонней привязки можно привести Австрийский закон о международном частном праве: договоры найма регулируются правом государства по месту обычного выполнения работником своей службы. Это же право применяется в случае его направления на работу в другое государство (п.1 §44 Закона).

**Подраздел XIII**  
**ЧАСТНОЕ ПРОЦЕССУАЛЬНОЕ ПРАВО**

## Глава 60. ПОНЯТИЕ ЧАСТНОГО ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ПРАВА

---

### 60.1. ПОНЯТИЕ АЛЬТЕРНАТИВНОГО РАЗРЕШЕНИЯ СПОРОВ

В своих прежних работах, обосновывая критерии классификации отраслей частного права, я выделял в составе отраслей частного права арбитражное (третейское) право<sup>1</sup>. Это было вполне разумным, так как третейское разбирательство споров было в Казахстане наиболее применяемым и разработанным, и третейское разбирательство освещается как самостоятельный раздел практически во всех учебниках по гражданскому процессу. Об остальных способах альтернативного разрешения (АРС) было известно очень мало<sup>2</sup>.

Альтернативные процедуры как средство урегулирования внешнеэкономического спора можно определить как внесудебную форму защиты права. При возникновении различного рода споров неразумно сразу же восстанавливать против себя оппонента, рекомендуется предъявить претензию и обосновать свои требования, при этом следует учесть, что сами стороны в силах разрешить спор без обращения в национальный суд. Этот путь и будет фактически альтернативным разрешением споров (далее – АРС). Включение в понятие АРС слова «альтернативный» приводит к некоторым разногласиям в понимании АРС. Некоторыми учеными они рассматриваются в смысле альтернативной национальной (государственным) судам. Другие из АРС вычлениют разбирательство в арбитражных (третейских) судах и эти процедуры ставят в альтернативу как национальным, так и арбитражным (третейским) судам.

До относительно недавнего времени традиционным было представление об АРС как о частной системе, возникшей в противовес публичному порядку разрешения споров. Поэтому к альтернатив-

---

<sup>1</sup> См. например, *Сулейменов М.К.* Международное частное право в системе права // В кн.: *Международное публичное и частное право: проблемы и перспективы. Liber amicorum в честь проф. Л.Н. Галенской* / Под ред. С.В. Бахина. СПб.: Изд. Дом С.-Петербур. гос. ун-та. Изд-во юрид. фак-та. С.-Петербург. гос. ун-та, 2007. С. 361; *Сулейменов М.К.* Арбитраж в Казахстане: вопросы теории и практики // *Юрист*. 2010. №11.

<sup>2</sup> Хотя я об этом писал и раньше. См., например: *Сулейменов М.К., Куанышев Б.Г.* Альтернативные процедуры рассмотрения споров // *Международный коммерческий арбитраж* // Сб. статей и документов (рус. и англ. яз) / Отв. ред. И.П. Грешников. Алматы: Юрид. центр «IUS», 2002. С. 140-152; См. также *Сулейменов М.К.* Арбитражные (третейские) суды в Казахстане: прошлое, настоящее, будущее. Алматы: Каз. межд. арбитраж, НИИ частного права, 2007. С. 50-59.

ным относились все несудебные процедуры, в том числе и арбитраж. Арбитраж стал одним из наиболее распространенных органов для урегулирования конфликтов, особенно в коммерческой сфере. Но в отличие от иных альтернативных средств, его решение является обязательным и подлежит принудительному исполнению так же, как решение государственного суда. По образному выражению Лоуренса Фридмана, арбитраж представляет собой «коктейль», состоящий из смеси публичного и частного»<sup>1</sup>.

Правовая природа арбитражного решения предопределила новую точку зрения, в соответствии с которой арбитраж не относится к АРС. Отсюда термин «альтернативные» противопоставляется как судебному, так и арбитражному разбирательству и охватывает только консенсуальные процедуры. Действительно, процедура разрешения споров в арбитраже довольно схожа с процедурой в национальных судах, и оба этих вида сильно отличаются от собственно АРС.

Другая оценка термина «альтернативные» заключается в том, что это понятие включает такие механизмы урегулирования спора, которые могут применяться отдельно либо в разнообразных комбинациях (например, переговоры – посредничество; посредничество – арбитраж и т.д.). Альтернатива в таком случае означает выбор возможных вариантов среди несудебных средств, а не выбор между этими средствами и судебным разбирательством.

Американские юристы, как указывает Г.К. Дмитриева в своем учебно-практическом пособии «Международный коммерческий арбитраж», в настоящее время насчитывают около двадцати различных процедур урегулирования споров. Общепринятым является деление АРС на три основных вида<sup>2</sup>:

1. Переговоры (negotiation) – урегулирование спора непосредственно сторонами без участия иных лиц.
2. Посредничество (mediation) – урегулирование спора с помощью независимого нейтрального посредника, который способствует, достижению сторонами соглашения.
3. Арбитраж (arbitration) – разрешение спора с помощью независимого нейтрального лица – арбитра, который выносит обязательное для сторон решение.

Как видно, критериями для такого деления служат участие в урегулировании разногласий третьего лица и его полномочия. Элементы этих трех основных видов комбинируются в многообразные варианты. Так, переговоры почти всегда являются частью любой другой процедуры.

Распространенной стала форма «посредничество-арбитраж» (med-arb), означающая урегулирование спора с помощью посред-

<sup>1</sup> См.: Фридман Л. Введение в американское право. М., 1993. С. 25.

<sup>2</sup> См.: Дмитриева Г.К. Международный коммерческий арбитраж. М.: Проспект, 1997.

ника – арбитра, который в случае недостижения сторонами соглашения уполномочен разрешить спор в порядке арбитража. Для коммерческих споров широко применяется «мини-разбирательство» (mini-trial). Оно получило название от внешнего сходства с судебной процедурой и представляет собой урегулирование спора с участием руководителей корпораций, юристов и третьего независимого лица, возглавляющего слушание дела.

Процедуры APC могут выступать в различных формах. Это происходит потому, что они обычно предназначены для того, чтобы привлечь во внимание конкретные обстоятельства рассматриваемого спора. Наиболее часто встречаемыми формами APC являются:

– Посредничество: для многих юристов слова «посредничество» и «примирение» являются синонимами. В посредничестве посредник, который назначается по соглашению между сторонами, стремится помочь сторонам вести переговоры в споре по достижению мирового соглашения. Он может это делать путем обсуждения спорных вопросов отдельно с каждой стороной, делая акцент на сильные и слабые стороны дела, тем самым стремясь продвигать вперед процесс переговоров. Если стороны желают, это может произойти на совместных сессиях или может быть в комбинациях раздельных и совместных сессий.

– Примирение: этот процесс очень похож на посредничество, но имеет одно отличие: примиритель решает, что могло быть правильным для справедливого разрешения спора. Это решение будет представлено сторонам в качестве рекомендации, которая может быть принята ими или может послужить основой для последующих переговоров между ними. Рекомендация не является обязательной для сторон.

– Мини-суд: в нем участвуют представители сторон, которые излагают суть дела своей стороны жюри, состоящему обычно из старшего исполнителя от каждой стороны, имеющему полномочия обязать сторону, которую он представляет, заключить мировое соглашение, и иногда нейтрального председателя. Представление сути дела осуществляется в течение строго ограниченного периода времени (часто по утрам или после обеда). Целью этой процедуры является предоставление исполнителям краткого обзора того, что обе стороны рассматривают как самую важную часть их сути дела, и что они считают слабой стороной сути дела их оппонентов (Слабость сути дела какой-либо стороны может быть предварительно сокрыта от старших исполнителей сотрудниками, желающими защитить свои позиции, или может быть сокрыта их подчиненными). Вследствие этого старшие исполнители смогут сформировать свои точки зрения по существу спора, отделить их от эмоций, пока участвуют в разрешении спора, а также продолжать переговоры по мировому разрешению спора на их основе.



– Необязательный арбитраж или заключение экспертизы: стороны могут назначить нейтрального человека (необязательно строго «арбитра») осуществить экспертное обоснование по конкретному спорному вопросу или вопросам или сделать заключение на основе очень ограниченного количества доказательств. Это может иметь практическую значимость, если основной спорный вопрос между сторонами технического порядка. Заключение эксперта не носит обязательного характера для сторон. Так же, как и в случае с рекомендацией примирителя, стороны могут принять заключение эксперта или использовать его в качестве основы для последующих переговоров. Там, где экспертное заключение относится к отдельным вопросам спора, это может послужить платформой, на основе которой можно вести переговоры по разрешению всего спора<sup>1</sup>.

Я привел подробно мнение Марка Хьюлитта-Джеймса и Николаса Гоулда как одно из распространенных мнений в западной литературе. Существуют и иные классификации и выделения разновидностей АРС. Что же касается конкретно концепции Марка Хьюлитта-Джеймса и Николааса Гоулда, то ее недостатком является отсутствие в составе АРС таких важных процедур, как переговоры и арбитраж. Практически все эти способы свелись к медиации, что нельзя признать правильным. Нельзя по внешне совпадающим признакам объединять в единое целое арбитраж и государственный суд, которые являются принципиально разными институтами (один частный, другой – публичный).

Американский автор Кимберли Ковач делит АРС, в которые привлекается третье независимое лицо, на три основные категории: предусматривающие вынесение решения (*adjudicative*), оценочные (*evaluative*) и согласительные (*facilitative*). В рамках этих категорий существуют различные процедуры. Наиболее распространенной является медиация-арбитраж (*med-arb*), в которой после медиации следует рассмотрение дела арбитражем, в роли которого часто выступает то лицо, которое было медиатором.

Кроме того, используются следующие процедуры:

– частный или специальный судья (*private/special judging*), когда стороны нанимают бывшего судью или судью в отставке. Данная процедура известна также как «судья напрокат» (*rent-a-judge*);

– арбитраж и его разновидности: частный договорный арбитраж, в том числе «арбитраж с последним предложением» (*final offer arbitration*), также известный как «бейсбольный арбитраж») (*high-law arbitration*). В таком арбитраже стороны сами представляют арбитражу вариант решения, одно из которых арбитр выбирает. Он не вправе выходить за пределы границ (самые высокие и самые низ-

<sup>1</sup> См.: *Марк Хьюлитт-Джеймс, Николаас Гоулд. Международный коммерческий арбитраж: практическое пособие.* Перевод с англ. языка и научная редакция В.А. Смирнова. Алматы: Аян Адет, 1999. С. 7-9.

кие), определяемых сторонами. Выделяется также арбитраж, присоединенный к суду (court-annexed arbitration), когда судья передает спор на рассмотрение арбитража, но сторона, не согласная с решением арбитража, вправе настаивать на рассмотрении дела судом;

– независимая оценка дела (neutral case valuation) – нейтральное лицо организует совместное обсуждение обстоятельств дела сторонами и затем дает свою оценку, объективную, ни к чему не обязывающую и конфиденциальную;

– упрощенный суд присяжных (summary jury trial) – сокращенный квазисудебный процесс под председательством судьи. Решение присяжных не обязательно для сторон, но может быть использовано сторонами в целях окончательного мирного урегулирования спора;

– мини-суд (mini-trial) – гибрид ряда способов АРС: переговоры, независимая оценка дела, медиация. Проводится под руководством опытного советника;

– согласительные процедуры – независимое лицо не выносит решения и не высказывает оценочных суждений. Оно оказывает сторонам содействие в разрешении спора. Существует три основных согласительных процедуры: медиация, примирение, достижение соглашения (консенсуса);

– комбинированные и гибридные процедуры<sup>1</sup>.

Можно сформулировать следующее определение альтернативного разрешения споров:

АРС – совокупность средств и методов, применяемых сторонами для достижения соглашения, при необходимости с привлечением третьего независимого лица, суждения которого по поводу спора являются или рекомендательными, или обязательными.

В казахстанской литературе были предложения об отказе от термина АРС как двусмысленного и конкретного. Взамен предлагается «негосударственные процедуры урегулирования гражданско-правовых споров»<sup>2</sup>.

Вряд ли целесообразно принимать это предложение. Во-первых, термин АРС общепризнан и привычен. Я не думаю, что есть необходимость ради сомнительных выгод шагнуть не в ногу со всем остальным миром. Во-вторых, и по существу такая замена нецелесообразна, ибо термин «негосударственные» означает противопоставление государству, а термин «альтернативные процедуры» означает противопоставление «судебным процедурам», что гораздо больше соответствует истинному положению дел.

<sup>1</sup> См.: *Кимберли К. Ковач*. Медиация: краткий курс / Перевод с англ. языка. 2-е изд. М.: Инфотропик Медиа, 2013. С. 5-14.

<sup>2</sup> См.: *Конусова В.Т.* Негосударственные процедуры урегулирования гражданско-правовых споров: Дис... канд. юрид. наук. Астана, 2010. С. 8, 12-25; См. также: *Негосударственные процедуры урегулирования споров: Учебно-методическое пособие / А.И. Зайцев, В.М. Мелихов, О.А. Коробов и др.* Волгоград: Волгоградское научное изд-во, 2005.

## 60.2. МЕСТО АЛЬТЕРНАТИВНОГО РАЗРЕШЕНИЯ СПОРОВ В СИСТЕМЕ СПОСОБОВ РАЗРЕШЕНИЯ ПРАВОВЫХ СПОРОВ

Прежде всего необходимо отметить, что все способы разрешения правовых споров можно разделить на юрисдикционные и неюрисдикционные.

Традиционно под юрисдикцией понимается деятельность по властному разрешению компетентными органами различных вопросов. В систему органов гражданской юрисдикции входят органы, наделенные полномочиями по разрешению правовых споров в сфере гражданского оборота (в широком смысле), деятельность которых происходит в рамках процессуально-процедурных форм различной степени сложности.

Данную систему составляют государственные органы (судебные органы, органы исполнительной власти), органы бесспорной юрисдикции (нотариат), негосударственные органы (органы местного самоуправления, арбитраж, комиссии по трудовым спорам)<sup>1</sup>.

В частности, Законом от 31 октября 2015 г., вступившим в силу 1 января 2016 г., п. 3 ст. 14 «Права нотариуса» Закона РК от 5 декабря 1997 г. был дополнен подпунктом 9-1): «проводить примирительные процедуры».

Характерным признаком юрисдикционных процедур является обязательный характер выносимых в результате их осуществления решений.

Неюрисдикционные способы рассмотрения и урегулирования споров сводятся, по существу, к примирительным процедурам.

Примирительные процедуры характеризуются тем, что достигнутые в результате их осуществления соглашения не имеют обязательного характера и рассматриваются как частные соглашения между сторонами, если только это соглашение не было утверждено решением суда (мировое соглашение)<sup>2</sup>.

Содержание примирительных процедур составляют переговоры. Если переговоры проводятся с участием посредника (медиатора), то мы имеем медиацию. Если переговоры проводятся самими сторонами, имеют место переговоры как самостоятельный институт частного процессуального права.

Примирительные процедуры как способ разрешения споров применяются и в гражданском процессе. Посредством или самостоятельных переговоров, или медиации, или партисипативных

<sup>1</sup> См.: Колесникова С.И. Медиация в сфере гражданской юрисдикции. Москва, Берлин: Инфотроник Медиа, 2011. С. 16-17.

<sup>2</sup> Вряд ли правильно включать мировое соглашение в состав АРС как самостоятельный способ (См.: Зарубина М.Н., Потапенко Е.Г. Альтернативные процедуры разрешения экономических споров: Учебник. М.: Проспект, 2015. С. 15-16, 116-150). Мировое соглашение – это не самостоятельный способ АРС, а результат процедур.

процедур стороны заключают мировое соглашение. Это гражданско-правовой договор. Однако в случае утверждения его судом оно превращается в неотъемлемую часть решения суда, обладающего принудительной силой.

Схематически это можно выразить следующим образом (рис. 1).

Некоторые авторы относят к АРС претензионный порядок урегулирования споров<sup>1</sup>. Вряд ли это целесообразно. Претензионный порядок относится к досудебному порядку урегулирования споров и неразрывно с ним связан.

Что же касается установления в договоре претензионного порядка, соблюдение которого обязательно для подачи иска в суд, то чем этот порядок отличается от установленной в договоре обязанности предварительно провести переговоры до подачи искового заявления? Ведь к чему сводятся переговоры по спорному делу? К предъявлению претензии и ответу на эту претензию, а затем к попытке решить спорные вопросы. При договорном претензионном порядке такая же картина.

Можно рассматривать претензионный порядок как самостоятельную и достаточно оригинальную разновидность переговоров как обязательной процедуры перед обращением в суд.

### **60.3. МЕСТО АЛЬТЕРНАТИВНОГО РАЗРЕШЕНИЯ СПОРОВ В СИСТЕМЕ ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ПРАВА**

Гражданское процессуальное право, в том числе международное, относится к отраслям публичного права. Исходя из неоспоримого факта, что международное гражданское процессуальное право относится к публичному праву, не может быть признана правильной возможность включения его в состав международного частного права. МЧП целиком находится в сфере частного права, и публично-правовые институты в него входить не могут.

Практический вывод из этого следует такой. МЧП и МГП (международный гражданский процесс) являются самостоятельными правовыми образованиями: МЧП как самостоятельная комплексная отрасль внутригосударственного права и МГП как институт внутригосударственного гражданского процесса.

Иной подход должен быть к международному арбитражному (третейскому) праву.

Арбитражные (третейские) суды создаются по воле сторон, являются негосударственными и не входят в систему правосудия.

Арбитражное (третейское) право является частноправовым способом защиты гражданских прав, целиком лежит в сфере частного права и не может быть включено в гражданский процесс, хотя почти во всех учебниках по гражданскому процессу третейское разбирательство автоматически включают в состав гражданского процесса.

---

<sup>1</sup> См.: *Зарубина М.Н., Потапенко Е.Г.* Альтернативные процедуры разрешения экономических споров: Учебник. М.: Проспект, 2015. С. 13, 151-168.

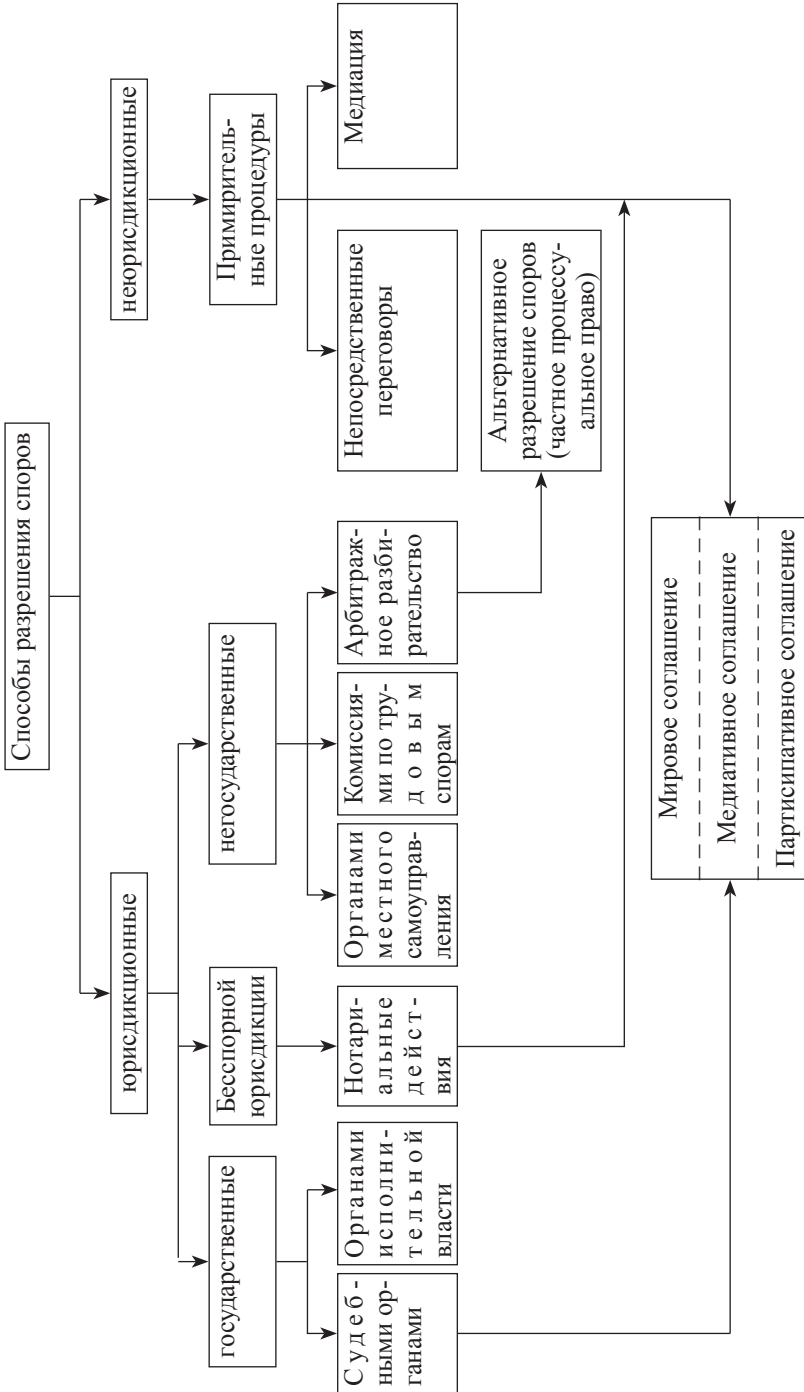


Рис 1.

Арбитражное (третейское) право представляет собой самостоятельное правовое образование внутригосударственного права<sup>1</sup> и состоит из двух крупных институтов (подотраслей): национальное третейское право и международное арбитражное право. Международное арбитражное право входит как институт в комплексную отрасль международного частного права.

Проблема заключается в том, что речь идет о процессуальных отношениях. Если применительно к третейскому разбирательству процессуальный характер отношений не вызывает сомнений, то относительно других способов АРС (переговоры, посредничество) этот вопрос требует дополнительного исследования.

Выход здесь заключается в установлении общей процессуальной цели и государственного процесса и способов АРС, которые направлены на разрешение споров и урегулирование правовых конфликтов. Процессуальное право носит обслуживающий характер по отношению к материальному праву и имеет общую процессуальную направленность (цель), связанную, как пишет Г.В. Севастьянов, «со снятием правовой неопределенности и установлением (определением) гражданских прав»<sup>2</sup>. Эта характеристика одинаково применима и к публичному процессу, и к способам АРС. Называются еще и другие факторы, позволяющие говорить о процессуальной природе способов АРС: участие лиц, способствующих сторонам в разрешении спора; стадийность (протяженность во времени); формализованность (на уровне согласованной сторонами процедуры АРС; близость отдельных принципов АРС и принципов судопроизводства; использование общих процессуальных методов, иногда общих категорий и пр.<sup>3</sup>. Таким образом, есть все основания отнести АРС к процессуальному праву.

#### **60.4. МЕСТО АЛЬТЕРНАТИВНОГО РАЗРЕШЕНИЯ СПОРОВ (ЧАСТНОГО ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ПРАВА) В СИСТЕМЕ ПУБЛИЧНОЕ – ЧАСТНОЕ**

Что же касается определения места АРС в системе публичное – частное, то не вызывает сомнения отнесение АРС к системе частного права.

---

<sup>1</sup> См.: Скворцов О.Ю. называет третейское разбирательство комплексным правовым институтом, независимым от гражданского процессуального права. Это определенный шаг вперед, но не отвечает на вопрос о месте третейского разбирательства в системе права (Скворцов О.Ю. Институт третейского разбирательства в российском праве // Изв. вузов. Правоведение. 2004. №1. С. 149-163).

<sup>2</sup> См.: Севастьянов Г.В. Теоретические основы альтернативного разрешения споров: концепция частного процессуального права // В кн.: Хрестоматия альтернативного разрешения споров: Учебно-метод. пособие. Мат-лы и прак. рекомендации / Сост. Г.В. Севастьянов. С.Пб.: АНО «Ред. журнала «Третейский суд», 2009. С. 116.

<sup>3</sup> См.: Там же.

Методом правового регулирования АРС, несомненно, является метод равенства сторон. Стороны полностью свободны в выборе способов АРС, лиц, разрешающих споры между ними, процедуры разбирательства.

Способы АРС являются институтом саморегулирования гражданского общества, частноправовыми способами решения субъектами гражданского оборота своих проблем, в том числе заключения соглашения о внесудебном разрешении конфликтов и споров или самостоятельно (*negotiation*), или с помощью посредника (*mediation*) либо третейского судьи (*arbitration*).

Из того факта, что способы АРС относятся к частноправовой сфере, вытекают и другие отличия АРС от публичного судопроизводства. Эти критерии были разработаны Г.В. Севастьяновым, поэтому я воспользуюсь этими разработками.

Таким образом, характерными признаками способов АРС являются:

1) отсутствие единой процессуальной формы, установленной законом для избранного сторонами способа АРС;

2) обязательное наличие спора о праве или конфликте законных интересов сторон;

3) разрешение споров и урегулирование правовых конфликтов, по общему правилу, в частной сфере, т.е. в той сфере, где присутствие государственных органов должно быть минимальным;

4) добровольность исполнения сторонами актов применения способов АРС (решений третейских судов и соглашений об урегулировании споров и пр.);

5) отсутствие, по общему правилу, в «рамках» АРС возможности принудительного исполнения (для этого необходимо обращение в компетентные органы государства).

Таким образом, способы АРС являются самостоятельным образованием и в рамках системы процессуального права, и в рамках системы публичное – частное право. Это позволяет говорить о формировании в системе права новой отрасли права, связанной с регулированием отношений в сфере АРС.

Как назвать данную отрасль?

Напрашивается название – право альтернативного разрешения споров (право АРС). Однако Г.В. Севастьянов предлагает новое название – частное процессуальное право (ЧПП)<sup>1</sup>.

Мне кажется, можно принять это название – частное процессу-

---

<sup>1</sup> См.: *Севастьянов Г.В.* Теоретические основы альтернативного разрешения споров: концепция частного процессуального права. С. 119; См. также: *Севастьянов Г.В.* Правовая природа третейского разбирательства как институт разрешения споров (частного процессуального права). СПб.: АНО Редакция журнала Третейский суд; М.: Статут, 2015. С. 44-48.

альное право. Это позволит сразу определить место нахождения способов АРС в системе процессуального права. Противостоит частному процессуальному праву гражданское процессуальное право как публичное право. Следовательно, это название сразу определит место АРС в системе публичное – частное право.

В то же время следует сохранить и название «право альтернативного разрешения споров» – «право АРС».

Между понятиями «частное процессуальное право» и «альтернативное разрешение споров» можно провести определенную разницу. Альтернативное разрешение споров – это процессуальные процедуры, осуществляемые различными способами: переговоры, медиация, арбитражное разбирательство. Частное процессуальное право – это самостоятельная отрасль права, состоящая из институтов: примирительные процедуры (переговоры и медиация) и арбитраж.

Переходя к определению ЧПП (права АРС), я хотел бы сначала привести единственное существующее в литературе определение, данное Г.В. Севастьяновым: «Частное процессуальное право», или «право альтернативного разрешения споров», в целом можно определить как систему правовых норм, регулирующих правоотношения в области альтернативного разрешения споров, складывающиеся между сторонами спора (конфликта) либо сторонами и лицом (лицами), разрешающим спор и/или содействующим урегулированию конфликта в целях достижения необходимого правового результата (снятия правовой неопределенности и установления субъективных прав и обязанностей сторон)<sup>1</sup>.

Определение в целом точное, но громоздкое. В частности, очень неопределенным выглядит включение понятия «снятие правовой неопределенности». Я думаю, можно обойтись и без этого.

Я предлагаю свое определение:

Частное процессуальное право (право альтернативного разрешения споров) представляет собой самостоятельную отрасль частного права, регулируемую методом юридического равенства общественные отношения по внесудебному разрешению споров и урегулированию правовых конфликтов на началах саморегулирования или самостоятельно, или с помощью посредника либо третейского судьи.

Если говорить о процессуальных отраслях в целом, то предлагается их первичное деление на публичное процессуальное право и частное процессуальное право (право альтернативного разрешения споров), а потом уже публичное процессуальное право делить на гражданское процессуальное право и уголовное процессуальное право (при желании сюда можно добавить арбитражное процессуальное право, административное право или конституционное право).

---

<sup>1</sup> См.: Севастьянов Г.В. Указ. соч.



## Глава 61. ПРИМИРИТЕЛЬНЫЕ ПРОЦЕДУРЫ КАК ИНСТИТУТ ЧАСТНОГО ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ПРАВА

---

### 61.1. ПОНЯТИЕ И ВИДЫ ПРИМИРИТЕЛЬНЫХ ПРОЦЕДУР

Как было выше отмечено, примирительные процедуры являются одним из способов альтернативного разрешения споров. Вместе с арбитражным разбирательством они составляют альтернативное рассмотрение споров или частное процессуальное право.

Примирительные процедуры состоят из двух способов: переговоры и медиация. Они представляют собой также институт права.

В правовой институт «примирительные процедуры» входят два субинститута: переговоры и медиация.

Для примирительных процедур подходит не термин «разрешение споров», а термин «урегулирование споров». Разрешение больше применимо к властному действию лица, вынесшего обязательное для сторон решение. При урегулировании спора стороны не ищут правого и виноватого, а пытаются найти взаимоприемлемое для обеих сторон решение<sup>1</sup>. Поэтому применительно к примирительным процедурам понятие «разрешение споров» следует понимать расширительно, включая в этом контексте и «урегулирование споров».

Примирительные процедуры традиционно рассматривались как внесудебные способы разрешения споров. Однако понятие АРС существенно изменилось. Под ними стали понимать также и процедуры, существующие внутри судебной системы.

Можно говорить о формировании двух основных направлений медиации:

1) В качестве самостоятельного механизма урегулирования споров, существующего параллельно с традиционными способами защиты гражданских прав (вне процессуальной системы);

2) в качестве механизма, обеспечивающего реализацию основных положений органов гражданской юрисдикции (внутри процессуальной системы)<sup>2</sup>.

Примирительные процедуры можно определить как процедуры, направленные на урегулирование правового спора на взаимоприемлемых условиях путем переговоров между сторонами, проводимых самостоятельно (непосредственные переговоры) или с участием посредника (медиация) или адвоката (партисипативные процедуры).

---

<sup>1</sup> См.: *Давыденко Д.Л.* Примирительные процедуры в европейской правовой традиции. М.: Инфотропик Медиа, 2013. С. 2-3.

<sup>2</sup> См.: *Колесникова С.И.* Указ. соч. С. 18.

Примирительные процедуры – это поиск компромисса, взаимоприемлемого разрешения спорного вопроса. В зарубежной литературе часто говорят о «дружественном разрешении споров». Кроме того, используются термины: дополнительная система разрешения спора, ускоренное разрешение споров, надлежащее рассмотрение споров, лучшее разрешение споров, эффективное разрешение споров<sup>1</sup>.

Примирительные процедуры получили законодательное закрепление в Казахстане. В новый ГПК от 31 октября 2015 г. включена глава 17 «Примирительные процедуры».

В соответствии со ст. 174 ГПК суд (судья) принимает меры для примирения сторон, содействует им в урегулировании спора на всех стадиях процесса.

Стороны могут урегулировать спор в полном объеме взаимных требований либо в части, заключив мировое соглашение, соглашение об урегулировании спора (конфликта) в порядке медиации или соглашение об урегулировании спора в порядке партисипативной процедуры либо используя иные способы в порядке, установленном настоящим Кодексом.

Ходатайство об урегулировании спора с применением примирительных процедур может быть заявлено по любому делу искового производства, если иное не предусмотрено настоящим Кодексом или законом.

Таким образом, в ст. 174 ГПК выделяются **три вида примирительных процедур**:

1) процедуры, в результате которых заключается мировое соглашение. Процедуры эти представляют собой непосредственные переговоры;

2) медиация;

3) партисипативные процедуры.

Все три вида примирительных процедур представляют собой переговоры. Только в первом случае это непосредственные переговоры сторон, во втором случае – переговоры с участием медиатора, в третьем случае – переговоры с участием адвокатов.

**Мировое соглашение.** В соответствии со ст. 175-178 ГПК мировое соглашение может быть заключено до удаления суда для вынесения решения в судах первой, апелляционной, кассационной инстанций, а также при исполнении судебного акта.

Мировое соглашение не может нарушать права и законные интересы других лиц и противоречить закону.

Мировое соглашение заключается в письменной форме и подписывается сторонами или их представителями при наличии у них полномочий на заключение мирового соглашения, специально предусмотренных в доверенности.

---

<sup>1</sup> См.: *Калашикова С.И.* Медиация в сфере гражданской юрисдикции. М.: Инфотропик Медиа, 2011. С. 8-9.

В мировом соглашении могут содержаться условия об отсрочке или рассрочке исполнения обязательств ответчиком с указанием сроков отсрочки или рассрочки, уступке права требования, полном или частичном прощении либо признании долга, распределении судебных расходов, условиях принудительного исполнения мирового соглашения и иные условия, не противоречащие закону.

По результатам рассмотрения суд выносит определение об утверждении мирового соглашения и прекращении производства по делу либо отказе в утверждении мирового соглашения.

Суд не утверждает мировое соглашение, если оно противоречит закону или нарушает права и законные интересы других лиц. В случае отказа в утверждении мирового соглашения суд выносит об этом определение, которое заносится в протокол судебного заседания и обжалованию, пересмотру по ходатайству прокурора не подлежит. Доводы о несогласии с определением могут быть указаны в апелляционной жалобе, ходатайстве прокурора.

Мировое соглашение исполняется лицами, его заключившими, добровольно в порядке и сроки, которые предусмотрены этим соглашением.

Мировое соглашение, не исполненное добровольно, подлежит принудительному исполнению на основании исполнительного листа, выдаваемого судом по ходатайству лица, заключившего мировое соглашение.

**Медиация.** В соответствии со ст. ст. 179, 180 ГПК стороны вправе до удаления суда для вынесения решения в судах первой, апелляционной, кассационной инстанций заявить ходатайство об урегулировании спора (конфликта) в порядке медиации при содействии судьи или медиатора.

Судья, который проводит медиацию, назначает день проведения медиации и извещает стороны о времени и месте ее проведения. Медиация проводится судьей в соответствии с Законом Республики Казахстан «О медиации» и с учетом особенностей, установленных ГПК.

При поступлении ходатайства об урегулировании спора (конфликта) в порядке медиации при содействии судьи по делу, находящемуся в производстве суда первой или апелляционной инстанции, суд вправе приостановить производство по делу в соответствии с подпунктом 7) ст. 273 ГПК на срок не более десяти рабочих дней.

Для проведения медиации в суде первой инстанции дело передается другому судье. По ходатайству сторон медиация может быть проведена судьей, в производстве которого находится дело.

При недостижении соглашения об урегулировании спора (конфликта) дальнейшее рассмотрение дела может быть продолжено этим же судьей с согласия сторон.

Для проведения медиации в суде апелляционной инстанции

дело передается, как правило, одному из судей коллегиального состава суда.

При поступлении ходатайства об урегулировании спора (конфликта) в порядке медиации при содействии медиатора по делу, находящемуся в производстве суда первой или апелляционной инстанции, и представлении договора, заключенного сторонами с медиатором, суд обязан приостановить производство по делу в соответствии с подпунктом 7) ст. 272 ГПК на срок не более одного месяца.

Ходатайство сторон об урегулировании спора (конфликта) в порядке медиации может быть заявлено в суде кассационной инстанции, если это не требует дополнительных процессуальных действий и приостановления рассмотрения дела. Одновременно с ходатайством в суде кассационной инстанции стороны должны представить соглашение об урегулировании спора (конфликта) в порядке медиации.

Судья (состав суда), в производстве которого находится дело, проверяет содержание соглашения об урегулировании спора (конфликта) в порядке медиации и выносит определение о его утверждении и прекращении производства по делу.

Если стороны не достигли соглашения в порядке медиации или условия соглашения судом не утверждены, разбирательство дела проводится в общем порядке.

Исполнение соглашения об урегулировании спора (конфликта) в порядке медиации, утвержденного судом, производится по правилам исполнения мирового соглашения.

**Партисипативные процедуры.** В соответствии со ст. ст. 181, 182 ГПК стороны вправе до удаления суда для вынесения решения по правилам, предусмотренным ст. 179 ГПК, заявить ходатайство об урегулировании спора в порядке партисипативной процедуры. Партисипативная процедура проводится без участия судьи путем проведения переговоров между сторонами по урегулированию спора при содействии адвокатов обеих сторон либо лиц, являющихся членами палаты юридических консультантов в соответствии с Законом Республики Казахстан «Об адвокатской деятельности и юридической помощи».

Судья (состав суда), в производстве которого находится дело, проверяет содержание соглашения об урегулировании спора в порядке партисипативной процедуры и выносит определение о его утверждении и прекращении производства по делу.

Если стороны не достигли соглашения в порядке партисипативной процедуры или условия соглашения судом не утверждены, разбирательство дела проводится в общем порядке.

Исполнение соглашения об урегулировании спора в порядке партисипативной процедуры, утвержденное судом, производится по правилам исполнения мирового соглашения.

Таким образом, партисипативные процедуры – это те же переговоры сторон, только с обязательным участием адвокатов. Введение таких процедур является новшеством ГПК.

Термин «participative» (фр. прилагательное) переводится с французского языка как «участвующий», «могущий участвовать». «Партисипативный» означает вовлечение в управление, то есть непосредственное участие в принятии решения, в анализе проблем. Можно понять это так, что при проведении партисипативной процедуры адвокаты принимают участие в анализе проблем и подготовке компромиссного решения.

Основой для внедрения партисипативной процедуры стали «коллоборативное право» в США и «партисипативная юстиция» в Канаде. В Европе партисипативные процедуры впервые появились во Франции в 2010-2011годах. В настоящее время во Франции, кроме традиционных способов АРС (переговоры, медиация, арбитраж), действуют: консилиация, согласительная процедура, мировое соглашение, экспертиза, партисипативные процедуры.

Честно говоря, я не вижу особых отличий партисипативной процедуры от такого способа АРС, как непосредственные переговоры. Ведь в соответствии со ст. 176 ГПК мировое соглашение может подписываться не только сторонами, но и их представителями. То есть представители сторон могут участвовать и в обычных переговорах, приводящих к подписанию мирового соглашения. Но ведь адвокаты – это и есть представители сторон. И в чем отличие партисипативной процедуры от непосредственных переговоров и в чем отличие соглашения об урегулировании спора в порядке партисипативной процедуры от мирового соглашения?

Применение примирительных процедур в судебном процессе не означает, что они превращаются в публично-правовые процедуры. И раньше эти процедуры применялись. Судья обязан был предложить сторонам провести переговоры о возможности примирения, и в случае успешного завершения переговоров они заканчивались подписанием мирового соглашения, которое утверждалось определением суда. Это мировое соглашение является гражданско-правовым договором. В литературе высказывались различные точки зрения в отношении мирового соглашения, в частности, предлагалось считать его процессуальным договором, однако преобладающей точкой зрения является признание его гражданско-правовым договором, в частности, судебной разновидностью мировой сделки как гражданско-правового договора<sup>1</sup>.

Соглашение, заключаемое в результате медиативной и партисипативной процедур, ничем не отличается от мирового соглашения.

<sup>1</sup> См.: Рожкова М.А. Мировая сделка: использование в коммерческом обороте. М.: Статут, 2005.

По сути, они также представляют собой мировое соглашение, только заключенное не самостоятельно сторонами, а с участием медиаторов или адвокатов. И они являются таким же гражданско-правовым договором, как мировое соглашение.

## **61.2. ПЕРЕГОВОРЫ КАК СУБИНСТИТУТ ИНСТИТУТА ПРИМИРИТЕЛЬНЫХ ПРОЦЕДУР**

Среди альтернативных средств важное место занимают переговоры. С их помощью разрешается основная масса гражданско-правовых споров, в том числе и коммерческих. Следует отметить, что и отечественные предприниматели все чаще стремятся использовать примирительные процедуры. Так, обычной для наших контрактов стала оговорка о том, что в случае возникновения разногласий стороны пытаются урегулировать их путем переговоров. Однако чаще всего данная оговорка носит формальный характер. Реально ни сами участники спора, ни их представители – юристы не готовы к квалифицированному ведению переговоров. По традиции при возникновении спора они обращаются за защитой к правосудию, которое обходится намного дороже с точки зрения времени, денег, эмоционального напряжения.

Однако в некоторых случаях законодательство прямо предусматривает применение переговоров для разрешения разногласий между сторонами. Так, согласно п. 2 ст. 296 Предпринимательского кодекса от 29 октября 2015 г. инвестиционные споры разрешаются путем переговоров либо в соответствии с ранней согласованной сторонами процедурой разрешения споров. В данном случае переговоры играют роль досудебной процедуры, однако, при желании сторон, они могут оказаться последней стадией разрешения спора в случае достижения взаимовыгодного результата.

Переговоры могут быть эффективным инструментом в том случае, если инвестор настроен на длительное пребывание в стране. В этом случае он всегда настроен на достижение компромисса в переговорах с принимающим государством.

Переговоры эффективны также в случаях, когда соотношение интересов сторон по инвестиционному контракту необоснованно резко изменилось в пользу иностранного инвестора, что наносит или может нанести существенный урон национальным интересам государства. Дальновидный иностранный инвестор всегда будет заинтересован в продлении эффективных переговоров с правительством или уполномоченными органами страны присутствия, с тем чтобы восстановить баланс интересов с получением каких-либо преимуществ по другой статье договора<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> См.: *Лабин Д.К.* Международное право по защите и поощрению иностранных инвестиций. М.: Волтерс Клувер, 2008. С. 306-308.

В мировой практике значимость переговоров по урегулированию споров определяется существованием целой теории, которая постоянно разрабатывается и исследуется юристами. Представляется, что этот опыт может быть полезен для развития примирительных процедур в казахстанской правовой системе, и, особенно, при разрешении споров, касающихся внешнеэкономической деятельности.

В научной литературе переговоры, имеющие целью разрешение спора, получили название юридических, во-первых, в силу правовой природы подлежащих урегулированию конфликтов и, во-вторых, в силу того, что они ведутся, как правило, от имени сторон юристами. Юридические переговоры по урегулированию коммерческих споров принято отличать от переговоров по заключению сделок. Хотя в основе тех и других лежит общая теория, юридические переговоры связаны в большей степени с негативными чувствами и эмоциями, поскольку стороны находятся в состоянии конфликта. Это обуславливает необходимость особого подхода, специальных знаний и определенного опыта. Большое внимание таким переговорам уделяет юридическая конфликтология.

В западной концепции альтернативного разрешения споров переговоры исследуются в двух аспектах: как самостоятельное средство урегулирования споров и как неотъемлемый элемент любой альтернативной несудебной процедуры (например, арбитража, посредничества, мини-разбирательства и др.). Основное отличие заключается в том, что в первом случае переговоры ведутся непосредственно сторонами (их представителями), во втором – обязательно с участием третьего независимого лица, именуемого арбитром, посредником или председательствующим. С одной стороны, такое разграничение имеет важную практическую ценность, так как позволяет правильно определить роль участников в ведении переговоров. С другой – основополагающее значение имеет теория непосредственных переговоров. Она является универсальной и может быть применена в любой другой процедуре по урегулированию разногласий. Именно поэтому больший интерес представляют переговоры в качестве отдельной альтернативной формы. Данная форма определяется как консенсуальная процедура, в которой участники пытаются достичь соглашения полностью или в части по существующим между ними разногласиям. Она не является обязательной и применяется только на основе добровольного волеизъявления сторон<sup>1</sup>.

В случае возникновения коммерческого спора, то есть спора с участием компаний или предпринимателей, переговоры традиционно являются первым шагом по его урегулированию. При этом

<sup>1</sup> О развитии переговоров в США см.: *Кимберли К.Ковач*. Медиация: краткий курс / Перевод с англ. языка. 2-е изд. М.: Инфотропик Медиа, 2013. С. 16-30.

не имеет значения, была ли оговорка о переговорах предусмотрена в контракте. Иногда такая оговорка вообще рассматривается как излишняя. Однако западные юристы все-таки рекомендуют своим клиентам ее использовать. Заранее предусмотренная в договоре возможность переговоров имеет важные позитивные последствия:

- позволяет избежать возникновения в будущем некоторых споров;
- определяет первую стадию для разрешения тех споров, которые не могут быть предотвращены;
- психологически настраивает стороны на решение проблем, а не на их обострение; поощряет изучение этой процедуры в целом.

Переговоры по урегулированию коммерческого спора могут иметь место сразу после его возникновения или через определенное время. На начало переговоров значительное влияние оказывает возможность обращения заинтересованной стороны с иском в суд. Причем реализация этой возможности стимулирует противоположную сторону как можно скорее приступить к переговорам.

Для юридических переговоров характерны следующие признаки:

- 1) проводятся после возникновения конфликта, то есть имеют ориентир на прошлые события;
- 2) процедура не является обязательной и применяется только на основе взаимного волеизъявления сторон;
- 3) не нуждается в санкционировании государством и законодательном регулировании;
- 4) процедура переговоров является неформальной;
- 5) переговоры фокусируются на интересах и праве;
- 6) организаторами и координаторами процедуры выступают сами субъекты конфликта;
- 7) переговоры осуществляются участниками конфликта или представителями их интересов;
- 8) переговоры своей целью ставят устранение конфликта, возникшего между сторонами на протяжении всего хода переговоров;
- 9) проводятся при непосредственной встрече сторон лицом к лицу, при этом большое внимание уделяется как вербальным, так и невербальным методам общения (слова, жесты, выражение лица);
- 10) соглашение об урегулировании конфликта, принятое по результатам переговоров, имеет юридические последствия;
- 11) неудачные переговоры влекут возобновление процесса переговоров (цикличность процедуры), обращение к другим негосударственным процедурам или в суд<sup>1</sup>.

В юридических переговорах субъект – это обязательно субъект

---

<sup>1</sup> См.: *Конусова В.Т.* Указ. соч. С. 59.



права, обладающий всеми соответствующими характеристиками. В процедуре переговоров, кроме спорящих лиц, могут участвовать иные лица, оказывающие им содействие. Это представители сторон и участвующие в переговорном процессе, либо оказывающие помощь по составлению и оформлению достигнутого в ходе переговоров соглашения. Для оказания содействия в подготовке и ведении переговоров могут быть приглашены специалисты (психологи, конфликтологи, переводчики и пр.) Вместе с тем не все лица, участвующие в процедуре, являются субъектами переговоров. Субъектами процедуры переговоров являются лица, непосредственно участвующие в переговорном процессе, представляющие интересы конфликтующих, а также способные принимать решение, делать уступки для заключения соглашения. Иные лица осуществляют лишь содействие в подготовке или ведении переговоров. Поскольку в отличие от иных не примирительных процедур в непосредственных переговорах нейтральное лицо не участвует, роль субъектов переговоров является ведущей. Субъекты самостоятельно проводят процедуру, заключают соглашение и контролируют его исполнение, реализуя при этом определенную ранее стратегию, тактику ведения переговоров по стадиям этого процесса<sup>1</sup>.

Переговоры являются не стихийным действием, а механизмом, функционирующим по определенным правилам, несоблюдение которых может повлечь негативные последствия для участников переговоров. Этот механизм функционирует в определенной последовательности, порядке.

Правильно организованные переговоры проходят последовательно несколько стадий. Выделение стадий имеет важное практическое значение. Во-первых, они отражают динамику переговоров. Во-вторых, позволяют рассматривать эту процедуру не как стихийное мероприятие, а как механизм.

По количеству, содержанию и наименованию стадий переговоров высказываются различные мнения.

Так, А.В. Вишневская предлагает упрощенную модель процесса переговоров, состоящую из трех стадий: подготовка, процесс переговоров, анализ подготовки процесса и результатов переговоров<sup>2</sup>.

Н.Н. Леннуар выделяет восемь стадий переговорного процесса: подготовка к переговорам, изложение позиций сторон, аргументация позиций (прояснение интересов сторон), формулирование совместного списка обсуждаемых вопросов, выдвижение и обсуждение предложений, достижение договоренности, формулировка со-

<sup>1</sup> См.: *Конусова В.Т.* Указ. соч. С. 61.

<sup>2</sup> См.: *Вишневская А.В.* Конфликтология: Курс лекций//<http://www.humanities.ru/lb/msg/46610>

глашения, завершение переговоров. Каждая из этих стадий имеет детальное дробление на ряд этапов<sup>1</sup>.

О.Н. Громова считает, что переговорный процесс состоит из четырех последовательно сменяемых стадий: подготовка к началу переговоров (до открытия переговоров), предварительный выбор позиции (первоначальные заявления участников об их позиции в данных переговорах), поиск взаимоприемлемого решения (психологическая борьба, установление реальной позиции оппонентов), завершение (выход из возникшего кризиса или переговорного тупика)<sup>2</sup>.

А.С. Мямин приводит деление переговорного процесса на следующие стадии: подготовительная, ознакомительная, непосредственное урегулирование разногласий, корректирующая, принятие решения, оформление достигнутого соглашения<sup>3</sup>.

В.Т. Конусова предлагает деление переговорного процесса на следующие стадии: подготовка к началу переговоров, стадия непосредственных переговоров (предварительный выбор позиции, поиск взаимоприемлемого решения), завершение переговоров. Пожалуй, с этим можно согласиться<sup>4</sup>.

### 61.3. МЕДИАЦИЯ КАК СУБИНСТИТУТ ИНСТИТУТА ПРИМИРИТЕЛЬНЫХ ПРОЦЕДУР

Посредничество (медиация) получило наибольшее развитие в США. В США регулятором посредничества являются стандарты поведения посредников (MSCM), которые были разработаны в период с 1992 по 1994 год совместной комиссией, состоящей из двух делегатов от Американской Арбитражной Ассоциации, двух – от Американской Ассоциации Адвокатов и двух – от Профессионального Общества Разрешения Споров. Эти стандарты были одобрены перечисленными организациями.

Посредники, согласно этим стандартам, должны подчиняться определенным правилам, которые основаны на том, что посредник обязан привести стороны к обоюдному соглашению.

Аналогичные принципы закреплены в Европейском кодексе поведения медиаторов. Европейский кодекс (European Code of Conduct for Mediators) разработан инициативной группой практи-

---

<sup>1</sup> См.: *Леннуар Н.Н.* Альтернативное разрешение споров: переговоры и медиация: Учебно-методическое пособие. СПб.: Изд-во СПб ин-та права им. Принца П.Г. Ольденбургского, 2004. С. 14.

<sup>2</sup> См.: *Громова О.Н.* Конфликтология: Автореф. дис. Курс лекций. М.: Изд-во ЭКСМО, 2000. С. 266.

<sup>3</sup> См.: *Мямин А.С.* Внесудебное и третейское урегулирование внешнеторговых споров: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб.: Санкт-Петербург. ун-т. Министрства внутренних дел России, 2001. С. 13.

<sup>4</sup> См.: *Конусова В.Т.* Указ. соч. С. 63-64.

кующих медиаторов (посредников), представляющих более 30 европейских организаций, имеющих дело с альтернативными способами разрешения споров, при поддержке Европейской комиссии и принят на конференции в Брюсселе 2 июля 2004 г.

Учитывая нормы стандартов поведения посредников, принятые в США и Европе, можно было бы их воспринять, переработать с учетом казахстанского менталитета как Правила Профессиональной Этики Посредников (по аналогии с Правилами Профессиональной Этики Адвокатов), поскольку, как нам представляется, адвокат по своей функции представителя сторон в гражданском процессе оказывается наиболее приближенным к сути деятельности посредника. Именно благодаря адвокатам разрешение гражданского дела порой заканчивается мировым соглашением, утвержденным судом.

Институт медиации начинает получать законодательное закрепление. В 2001 г. в США был принят единый закон о медиации, который согласовал множество законов, изданных в отдельных штатах (примерно 2500 нормативных актов, так или иначе связанных с медиацией)<sup>1</sup>. Еще в 1995 г. Аргентина приняла Закон «О медиации и соглашениях», в соответствии с которым установлена обязательность процедуры медиации по большинству исков<sup>2</sup>, в Австрии с 1 января 2005 г. действует новый Закон «О посредничестве по гражданским делам»<sup>3</sup>.

Из стран СНГ Закон о медиации принят в Молдове (Закон о медиации Республики Молдовы от 14 июня 2007 г.) и в России (Федеральный закон РФ от 27 июля 2010 г. «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)»).

Признанием необходимости развития медиации, унификации ее правового регулирования стало принятие Комиссией ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) в 2002 г. Типового закона «О международной коммерческой согласительной процедуре»<sup>4</sup>.

В литературе даются самые различные определения медиации<sup>5</sup>, но все они основываются на следующих основных положениях

<sup>1</sup> См.: *Ракитина Л.Н., Львова О.А.* Медиация (посредничество): как урегулировать спор, не обращаясь в суд. М.: Эксмо, 2008. С. 13.

<sup>2</sup> См.: Альтернативные модели медиации: опыт Аргентины: Материалы семинара «Развитие альтернативных форм разрешения правовых конфликтов» (12-14 мая 1999 г.). Саратов, 1999. С. 221.

<sup>3</sup> См.: *Подольская Н., Михальченко В.* Новый Федеральный закон Австрии «О посредничестве по гражданским делам» // Третейский суд. 2004. №4. С. 33-44.

<sup>4</sup> Текст Закона на рус. Яз. См.: Третейский суд. 2003. №1. С. 127-138; №2. С. 131-140; №3. С. 133-139.

<sup>5</sup> Обзор литературы по этому вопросу см.: *Калашиникова С.И.* Медиация в сфере гражданской юрисдикции. М.: Инфотропик Медиа, 2011. С. 1-5.

ниях: это один из способов АРС, причем основных способов; это один из видов примирительных процедур; при данной процедуре переговоры проводятся с обязательным участием посредника (медиатора); решение медиатора не является обязательным для сторон.

С учетом сказанного можно дать следующее определение медиации:

Медиация (посредничество) – это один из основных способов альтернативного разрешения споров, вид примирительных процедур, заключающийся в проведении переговоров между конфликтующими сторонами с участием медиатора (посредника) с целью урегулирования спора путем нахождения взаимоприемлемого компромисса между сторонами. Решение, принятое медиатором, не является обязательным для сторон.

**Виды медиации.** В литературе предлагаются различные классификации медиации по самым различным критериям.

В зависимости от общих целей предлагается выделить два вида медиации:

превентивная медиация;

1) медиация возникшего спора.

В свою очередь, превентивная медиация может подразделяться на следующие подвиды:

а) медиация заключения соглашения (deal making mediation);

б) медиация сопровождения проекта (применима при реализации долгосрочных проектов, например, строительство, в целях быстрого разрешения противоречий на ранних стадиях и, тем самым, обеспечения своевременного завершения работ);

в) медиация выработки политического решения.

Ко второй группе (медиация возникшего спора) можно отнести следующие подвиды:

а) обзорная медиация;

б) медиация сдерживания развития спора;

в) медиация урегулирования спора<sup>1</sup>.

В зависимости от порядка применения медиации сторонами можно выделить следующие виды:

1) добровольная медиация и

2) обязательная медиация.

Обязательная медиация предусмотрена в ряде стран (Германия, Канада, Австралия) по некоторым категориям споров, рассматриваемых в судах (по незначительным имущественным спорам, по спорам между соседями, по делам о защите чести и достоинства).

Введение в законодательство обязательной медиации вызывает справедливую критику в литературе, ибо это противоречит приро-

---

<sup>1</sup> См.: *Калашикова С.И.* Указ. соч. С. 54.

де медиации и принципу добросовестности, на котором основана медиация<sup>1</sup>.

Различаются также судебная и внесудебная медиация. Однако и в том, и в другом случае она остается той же медиацией как добровольного частного способа АРС.

**Медиация в Казахстане.** В Казахстане 28 января 2011 г. был принят Закон «О медиации» (далее – Закон о медиации), а также Закон РК «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам медиации».

С принятием Закона о медиации посредничество (медиация) получило в Казахстане свое легальное закрепление в качестве одного из институтов частного процессуального права (права альтернативного разрешения споров).

Как известно, медиация не является и не может являться единой. Можно выделить, по меньшей мере, четыре вида медиации: 1) медиация в уголовном процессе; 2) медиация в гражданском процессе; 3) медиация, проводимая арбитражами; 4) внесудебная, независимая медиация.

Каким же образом определена сфера действия Закона о медиации?

Согласно п.1 ст. 1 Закона о медиации сферой применения медиации являются споры (конфликты), возникающие из гражданских, трудовых, семейных и иных правоотношений с участием физических и (или) юридических лиц, а также рассматриваемые в ходе уголовного судопроизводства по делам о преступлениях небольшой и средней тяжести, если иное не установлено законами Республики Казахстан.

При этом процедура медиации не применяется: 1) в случае, если такие споры (конфликты) затрагивают или могут затронуть интересы третьих лиц, не участвующих в процедуре медиации, и лиц, признанных судом недееспособными; 2) к спорам (конфликтам), возникающим из гражданских, трудовых, семейных и иных правоотношений с участием физических и (или) юридических лиц, когда одной из сторон является государственный орган; 3) по уголовным делам о коррупционных преступлениях и иным преступлениям против интересов государственной службы и государственного управления.

Иными словами, Закон о медиации регулирует так называемую судебную медиацию в уголовном и гражданском процессе, а также внесудебную (независимую) медиацию. Что касается медиации, проводимой третейскими судами, то Закон не дает четкого ответа на вопрос о том, распространяется ли сфера его действия на этот вид медиации?

При экспертизе проекта Закона одно из наших принципиальных

<sup>1</sup> См.: *Калашикова С.И.* Указ.соч. С. 54-60.

замечаний сводилось прежде всего к необходимости четкого определения сферы его действия. Закон о медиации должен регулировать в основном медиацию в гражданском процессе. Медиацию в уголовном процессе желательно регулировать отдельно, но, если она все же включается в Закон, ее надо регулировать отдельно, никак не смешивая с медиацией в гражданском процессе. Это совершенно разные вещи.

В Законе, состоящем из 28 статей, особенностям медиации в сфере гражданских, трудовых и иных правоотношений, особенностям медиации, проводимой в ходе уголовного судопроизводства, а также особенностям медиации в сфере семейных отношений (в сфере урегулирования разногласий между супругами) посвящено всего по одной статье (ст. ст. 23, 24, 25).

Практика тех стран, где были приняты Законы о медиации (Румыния, Болгария) показала, что после принятия законов количество медиаций уменьшилось в десятки раз. Более успешен опыт развития медиации в тех странах, где при принятии законов частная практика медиации осталась вне сферы законодательного регулирования (Испания, Мальта, Финляндия, Бельгия, Великобритания).

Закон РК о медиации состоит из четырех глав: Глава 1 «Общие положения», Глава 2 «Правовое положение медиаторов и организаций, обеспечивающих проведение медиации», Глава 3 «Проведение медиации» и Глава 4 «Заключительные положения».

В целом общие положения Закона не вызывают принципиальных возражений, за исключением вопроса о сфере применения медиации, поскольку касаются общепризнанных в мировой практике положений о целях и основных принципах проведения медиации.

Что касается норм о правовом положении медиаторов и их организаций, то казахстанская модель медиации имеет свои существенные особенности. Медиатором может быть независимое, беспристрастное, не заинтересованное в исходе дела физическое лицо, выбранное по взаимному согласию сторон медиации, включенное в реестр медиаторов и давшее согласие на выполнение функции медиатора.

При этом медиатором не может быть лицо: 1) уполномоченное на выполнение государственных функций и приравненное к нему; 2) признанное судом в установленном законом порядке недееспособным или ограниченно дееспособным; 3) в отношении которого осуществляется уголовное преследование; 4) имеющее не погашенную или не снятую в установленном законом порядке судимость.

Вслед за российским Федеральным законом от 27 июля 2010 г. «Об альтернативной процедуре регулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» п. 2 ст. 9 Закона РК о медиации

предусматривает, что деятельность медиатора может осуществляться как на профессиональной основе (профессиональный медиатор), так и на непрофессиональной основе.

Однако казахстанский Закон предусматривает излишне жесткие требования к медиаторам, осуществляющим деятельность на непрофессиональной основе. Ими согласно п. 3 ст. 9 могут быть лица, достигшие сорокалетнего (для сравнения в РФ – восемнадцатилетнего) возраста и состоящие в реестре непрофессиональных медиаторов, в также судьи при проведении примирительных процедур в суде в соответствии с ГПК (аналогичная норма в Законе РФ просто отсутствует).

Реестр непрофессиональных медиаторов, осуществляющих медиацию на территории РК на непрофессиональной основе, ведет аким района в городе, города районного значения, поселка, аула (села), аульного (сельского) округа (уполномоченный орган). Процедура обращения непрофессиональных медиаторов в уполномоченный орган для включения в реестр непрофессиональных медиаторов, процедура включения их в реестр, а также требования к содержанию реестра предусмотрены ст. 16 Закона о медиации.

Наряду с медиаторами, осуществляющими свою деятельность на непрофессиональной основе, медиацию в соответствии со ст. 15 Закона могут проводить избираемые собранием (сходом) местного сообщества для этих целей члены местного сообщества, имеющие большой жизненный опыт, авторитет и безупречную репутацию. Протокол собрания (схода) местного сообщества об избрании членов местного сообщества в качестве непрофессиональных медиаторов в течение десяти рабочих дней направляется уполномоченному органу для включения в реестр непрофессиональных медиаторов.

Такая излишняя законодательная урегулированность, наличие административных барьеров вызывают большие сомнения в жизнеспособности института непрофессиональных медиаторов, которые к тому же, судя по анализу норм ст. ст. 21, 22 Закона о медиации, в отличие от профессиональных медиаторов, должны осуществлять медиацию на бесплатной основе.

Осуществлять деятельность медиатора на профессиональной основе в соответствии с п. 4 ст. 9 Закона могут лица, имеющие высшее образование, достигшие двадцатипятилетнего возраста, имеющие документ (сертификат), подтверждающий прохождение обучения по программе подготовки медиаторов, утверждаемой в порядке, определяемом Правительством РК, и состоящие в реестре профессиональных медиаторов, а также судьи в отставке.

Организации медиаторов являются некоммерческими, негосударственными, самофинансируемыми и самоуправляемыми организа-

циями, созданными по инициативе медиаторов в организационно-правовых формах, предусмотренных Законом РК «О некоммерческих организациях». Они вправе проводить профессиональную подготовку и повышение квалификации медиаторов с выдачей документа (сертификата) о прохождении соответствующей подготовки по медиации.

Ассоциация (союз) медиаторов вправе разрабатывать и утверждать Кодекс профессиональной этики медиаторов, который обязаны соблюдать профессиональные медиаторы.

Каждая организация медиаторов в соответствии с предусмотренными ст. 14 Закона о медиации требованиями должна вести свой реестр профессиональных медиаторов, осуществляющих медиацию на территории РК.

Рассмотрим отдельные положения Закона, касающиеся проведения медиации (глава 3). В соответствии с подпунктом 7) ст. 2 Закона о медиации договор о медиации – это письменное соглашение сторон, заключаемое с медиатором в целях разрешения спора (конфликта) до начала медиации.

Медиатором согласно подпункту 2) ст. 2 Закона о медиации является независимое физическое лицо, привлекаемое сторонами для проведения медиации на профессиональной и непрофессиональной основе.

Медиатор оказывает посреднические функции по урегулированию спора между сторонами, но стороной договора о медиации не является (так же как арбитр не является стороной арбитражного соглашения).

Согласно ст. 21 Закона о медиации сторонами договора о медиации являются спорящие стороны. Именно они заключают между собой договор о проведении медиации, одним из существенных условий которого согласно подпункту 4) п. 2 ст. 21 Закона о медиации являются сведения о медиаторе (медиаторах), который (которые) выбран (выбраны) сторонами медиации.

Более того, медиатор (по аналогии с арбитром) согласно п. 1 ст. 9 Закона о медиации является независимым, беспристрастным, не заинтересованным в исходе дела физическим лицом, выбранным по взаимному согласию сторон медиации. Медиатор (равно как и арбитр) не может быть связан со спорящими сторонами никакими правоотношениями – ни трудовыми, ни гражданско-правовыми.

Таким образом, подпункт 7) ст. 2 Закона о медиации должен быть приведен в соответствие со ст. 21 этого же Закона путем исключения из определения договора о медиации упоминания о медиаторе как о стороне договора.

Кроме того, в п. 2 ст. 21 Закона предусмотрен, на наш взгляд, излишне расширенный перечень существенных условий договора о медиации, отсутствие в договоре или недостижение сторонами



соглашения хотя бы по одному из которых согласно п. 1 ст. 393 Гражданского кодекса РК влечет за собой признание договора о медиации незаключенным.

Существенными для договора медиации являются следующие условия:

- 1) дата, время и место составления договора о медиации;
- 2) наименование сторон спора (конфликта), фамилии и инициалы, должности их представителей с указанием полномочий;
- 3) предмет спора (конфликта);
- 4) сведения о медиаторе (медиаторах), который (которые) выбран (выбраны) сторонами медиации;
- 5) условия, порядок и размер расходов, связанных с проведением медиации, а в случае осуществления медиации на профессиональной основе – выплаты вознаграждения медиатору (медиаторам) за проведение медиации;
- 6) язык проведения медиации;
- 7) обязательство сторон о конфиденциальности проведения медиации последствия неисполнения такого обязательства;
- 8) основания и объем ответственности медиатора, участвующего в урегулировании спора (конфликта) сторон медиации, за действия (бездействие), повлекшие убытки (ущерб) для сторон медиации;
- 9) реквизиты сторон (данные, удостоверяющие личность, место жительства, контактные телефоны);
- 10) срок проведения медиации;
- 11) порядок проведения медиации.

Что касается сроков проведения медиации, то для внесудебной и судебной медиации в сфере гражданских, трудовых, семейных и иных правоотношений п. 1, 2 ст. 23 Закона в качестве общего правила установлен срок в 30 календарных дней со дня заключения договора о медиации (в случаях необходимости по взаимному решению сторон либо суда срок проведения медиации может быть продлен до 30, но не более 60 календарных дней в совокупности). Медиация в ходе уголовного судопроизводства должна быть завершена в установленные уголовно-процессуальным законом сроки досудебного и судебного производства (п. 4 ст. 24).

Как известно, при медиации, проводимой третейскими судами, широкое применение имеет соглашение о проведении медиации, заключаемое сторонами задолго до возникновения спорных правоотношений.

Однако в силу требований п.п. 1, 2 ст. 23 Закона при медиации вне рамок гражданского процесса заключение договора о медиации до возникновения спора становится просто бессмысленным.

В соответствии с п. 1 ст. 27 Закона соглашение об урегулировании спора (конфликта), достигнутое сторонами медиации при про-

ведении медиации, заключается в письменной форме и подписывается сторонами. Соглашение должно содержать данные о сторонах медиации, предмете спора (конфликта), медиаторе (медиаторах), а также согласованные сторонами условия соглашения, способы и сроки их исполнения и последствия их неисполнения или ненадлежащего исполнения. Соглашение об урегулировании спора (конфликта) подлежит исполнению сторонами медиации добровольно в порядке и сроки, предусмотренные этим соглашением (п. 3 ст. 27).

Соглашение об урегулировании спора, заключенное до рассмотрения гражданского дела в суде, представляет собой сделку, направленную на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей сторон. В случае неисполнения или ненадлежащего исполнения такого соглашения сторона медиации, нарушившая соглашение, несет ответственность в порядке, предусмотренном законами РК.

Соглашение об урегулировании спора, достигнутое сторонами при проведении медиации в ходе гражданского процесса, незамедлительно направляется судье, в производстве которого находится гражданское дело. Соглашение об урегулировании спора утверждается судом в порядке, предусмотренном ГПК РК. При этом уплаченная государственная пошлина подлежит возврату плательщику.

## Глава 62. СУДЕБНОЕ ПРИМИРЕНИЕ КАК ОДИН ИЗ ВИДОВ ПОСРЕДНИЧЕСТВА (МЕДИАЦИИ)

---

### 62.1. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ

**Понятие.** Судья-примиритель занимается примирением сторон, выступает в качестве посредника. Поэтому его деятельность относится к примирительным процедурам. Примирительные процедуры относятся к альтернативному разрешению споров (АРС).

Общепринятым является деление АРС на три основных вида: 1) переговоры (negotiation) – урегулирование спора непосредственно сторонами без участия иных лиц; 2) посредничество (mediation) – урегулирование спора с помощью независимого нейтрального посредника, который способствует достижению сторонами соглашения; 3) арбитраж (arbitration) – разрешение спора с помощью независимого нейтрального лица – арбитра, который выносит обязательное для сторон решение.

Примирительные процедуры являются одним из способов альтернативного разрешения споров, объединяющим два вида: переговоры и медиацию.

Примирительные процедуры традиционно рассматривались как внесудебные способы разрешения споров. Однако понятие АРС существенно изменилось. Под ними стали понимать также и процедуры, существующие внутри судебной системы.

Примирительные процедуры получили законодательное закрепление в Казахстане. В ГПК включена глава 17 «Примирительные процедуры». В соответствии со ст. 174 ГПК: «Стороны могут урегулировать спор в полном объеме взаимных требований либо в части, заключив мировое соглашение, соглашение об урегулировании спора (конфликта) в порядке медиации или соглашение об урегулировании спора в порядке партисипативной процедуры либо используя иные способы в порядке, установленном настоящим Кодексом».

Таким образом, в ст. 174 ГПК выделяются три вида примирительных процедур: 1) процедуры, в результате которых заключается мировое соглашение; 2) медиация; 3) партисипативные процедуры. Все три вида примирительных процедур представляют собой переговоры. Только в первом случае это непосредственные переговоры сторон, во втором случае – переговоры с участием медиатора, в третьем случае – переговоры с участием адвокатов<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Подробнее см.: Сулейменов М.К. Международное частное право и международный гражданский процесс: Учебник в двух частях / М.К. Сулейменов. Алматы: ТОО Юридическая фирма Зангер, 2018. С. 396-397.

Примирительные процедуры, осуществляемые судьей-примирителем, в этой классификации попадают в раздел «медиация». Медиация – это посредничество, и не важно, кем оно осуществляется: независимым медиатором или судьей-примирителем.

Немаловажной причиной внедрения судебного примирения является низкая эффективность традиционной медиации. Несмотря на значительные усилия по внедрению медиации, количество дел, рассмотренных с ее использованием, ничтожно мало в процентном соотношении с общим количеством рассмотренных судами дел. Тот факт, что Закон о медиации оказался мертворожденным, подчеркивалось и в казахстанской<sup>1</sup>, и в российской литературе<sup>2</sup>.

Судебное примирение понимается в двух значениях:

1) к судебному примирению относят все посреднические мероприятия, которые проводятся по инициативе или с участием суда (побуждение к мировому соглашению, к проведению независимой медиации, к партисипативным процедурам, непосредственное участие судьи или работника суда как примирителя);

2) к судебному примирению относятся только те случаи, когда примирителем выступает судья или лицо, ставшее примирителем по решению высших судебных органов (судьи в отставке, работники судов и т.п.).

В дальнейшем судебное примирение будет использоваться во втором значении.

**Правовая природа. Дискуссия.** Относительно необходимости внедрения судебного примирения в литературе высказывались различные мнения.

Некоторые исследователи отрицают необходимость внедрения судебного примирения: «Суду необходимо выполнять функцию по примирению сторон в качестве дополнительной наряду с основной, связанной с разрешением споров. Не следует возлагать на суд обязанность примирения сторон, так как это приводит к соединению в одном лице полномочий судьи и примирителя и придает функции примирения самостоятельное, а не вспомогательное значение»<sup>3</sup>.

В то же время другие исследователи активно доказывают необходимость внедрения и максимального расширения судебного примирения. Например, по мнению О.Н. Здрок, при активном развитии судебных примирительных процедур они становятся ведущей

---

<sup>1</sup> См.: Сулейменов М.К. Указ. соч. С. 406-410.

<sup>2</sup> См. Шафоростова К.И. Медиация и судебное примирение: общие черты, различия, перспективы // Научно-методический электронный журнал «Концент». 2018. №5 (май). С. 123-129. <https://ciberleninka.ru/article/n/mediatsiya-i-sudebnoe-primirenie-obschie-cherty-razbichiya-perspektivy>

<sup>3</sup> См.: Павликов С.Г., Флейшер Н.Б. О примирении как функции судебной деятельности // Общество и право. 2015. №1 (51). – URL: <https://cyberlinka.ru/article/n/o/-primirenie-kak-funktsii-sudebnoi-deyatelnosti>.

формой организации деятельности по примирению сторон. Внесудебное посредничество лишь дополняет государственную систему примирения, создавая альтернативный судебному примирению вариант, который характеризуется возможностью использования более длительных сроков примирения и выбора фигуры посредника. При этом, будучи организуемым на платной основе, оно явно проигрывает судебным примирительным процедурам<sup>1</sup>.

Спорным является вопрос о соотношении судебного примирения и медиации.

1. Н.И. Гайдаенко Шер считает, что судебное примирение и медиация – это разные процедуры. Судебное примирение – регулируемый процессуальным законодательством квазисудебный процесс, предполагающий предварительную экспертную оценку правовых позиций сторон и представленных ими доказательств в целях соотнесения и сближения позиций сторон по делу. Стороны не могут выбрать примирителя, его назначает суд. Судебный примиритель – юрист (действующий судья, работник суда или судья в отставке, или иное лицо, имеющее стаж работы по юридической специальности), не проходивший дополнительного обучения техникам примирения.

В отличие от судебного примирителя, медиатор не обязательно должен быть юристом. Поэтому он не проводит предварительную экспертную оценку шансов сторон на успех в последующем судебном разбирательстве. Медиатор проходит обязательный курс профессионального обучения. В отличие от судебного примирителя, стороны могут выбрать медиатора<sup>2</sup>.

«Отличие процедур «медиации» и «судебного примирения» заключается в том, что судебный примиритель, как правило, играет более активную роль в примирении сторон, чем медиатор. Роль последнего заключается лишь в организации встреч сторон, создании благоприятных условий для достижения сторонами взаимоприемлемого решения, без права принятия какого-либо решения»<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> См.: Современная концепция развития примирительных процедур как альтернативных способов урегулирования споров // *Здрок О.Н.* Защита прав в России и других странах Совета Европы: современное состояние и проблемы гармонизации: Сб. науч. ст. Краснодар. СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2011. С. 693-701. [elib.bsu.by>bitstream](http://elib.bsu.by/bitstream).

<sup>2</sup> См.: *Гайдаенко Шер Н.И.* Медиация и судебное примирение: возможность сосуществования (зарубежный опыт) // Примирительные процедуры в цивилистическом праве и судопроизводстве: Сборник материалов Международной научно-практической конференции 26-27 апреля 2019 г. Санкт-Петербург. Часть 1 / Под общ. ред. В.П. Очередыко, А.Н. Кузбагарова, С.Ю. Катуковой /Северо-Западный филиал ФГБОУВО Российский государственный университет правосудия. СПб.: Астерион, 2019. С. 61-63. [Nwb.rgup.ru>ring>biles](http://Nwb.rgup.ru>ring>biles).

<sup>3</sup> См.: *Сенен Ф.К.* Судебное примирение и медиация как механизмы мирного урегулирования споров в современном гражданском процессе: общие и отличительные черты // *Вестник Воронежского государственного университета.* Серия: Право. 2017. №2. С. 109-114.

В отношении судебного примирения в науке отмечается, что «судебное примирение не является частной процедурой в отличие от медиации: оно возможно только после возбуждения дела в суде, представляет собой разновидность судебной деятельности и осуществляется в здании суда». Представляется, что с появлением судебного примирения в гражданском процессе, использование АРС, в частности именно данной процедуры, возрастет, так как авторитет судебного примирителя, который в отличие от медиатора является судьей в отставке или работником аппарата суда, имеющим высшее юридическое образование и стаж работы в области юриспруденции не менее пяти лет, куда более высок<sup>1</sup>.

Существенное, казалось бы, отличие двух процедур АРС приводит отдельных ученых к довольно кардинальным высказываниям: «Судебная система, гражданский и арбитражный процессы – сфера в первую очередь публично-правовая, а не частная! Эти обстоятельства не позволяют мне рассматривать медиацию в качестве субинститута, а судебную медиацию – как его составляющую»<sup>2</sup>.

2. Другие авторы считают, что медиатор и судебный примиритель – это фигуры одного порядка. Но предполагается, что судебными примирителями могут быть только судьи в отставке или представители действующего аппарата суда. Иными словами, разграничить медиатора и судебного примирителя можно только по степени участия государства в альтернативной процедуре: судебный примиритель – это лицо, аккредитованное государством, представитель суда, а медиатор чаще всего именно частный субъект, хотя предполагаемые нововведения позволяют судьям в отставке становиться также и профессиональными медиаторами<sup>3</sup>.

Как пишет Н.Н. Макаренко, как медиация, так и судебное примирение обладают рядом общих черт. Их общей отличительной чертой является диспозитивность. Присущий всему гражданскому процессу принцип диспозитивности бесспорно достигает в рамках процедур АРС в целом и судебного примирения в частности своего апогея. Так, в отличие от классического искового производства, процедуры АРС осуществляются на принципе добровольности.

---

<sup>1</sup> См.: Макаренко Н.Н. Судебное примирение как один из видов альтернативного урегулирование споров // Юридические исследования. 2019. №9. С. 1-9. [e-notabene.ru/Ir/article\\_29975.html](http://e-notabene.ru/Ir/article_29975.html).

<sup>2</sup> См.: Лисицын В.В. Помощник судьи – судебный примиритель?! // Администратор суда. 2016. №1. С. 16.

<sup>3</sup> См.: Шафоростова К.И. Медиация и судебное примирение: общие черты, различия, перспективы // Научно-методический электронный журнал «Концепт». 2018. №5. <https://cyberleninka.ru/article/n/mediatsiya-i-sudebnoe-primirenie-obschie-cherty-razlichiya-perspektivy>.

Более того, одним из принципов проведения процедур АРС является сотрудничество сторон, которые пользуются равными правами на выбор примирительной процедуры, определение условий ее проведения, а также кандидатуры посредника, в том числе медиатора или судебного примирителя, что также свидетельствует о так сказать «повышенной диспозитивности», как медиации, так и судебного примирения<sup>1</sup>.

Ряд авторов употребляет медиацию и судебное примирение как тождественные понятия<sup>2</sup>.

Н.Н. Макаренко подчеркивает, что медиация по природе своей является внесудебной процедурой, тогда как примирение – судебной. Иначе говоря, две автономные процедуры могут использоваться в рамках одного разбирательства, образуя каждая из них отдельный этап в разрешении спора, дополняя друг друга по необходимости. Процедуры судебного примирения и медиации являются разными, но взаимодополняющими механизмами мирного урегулирования споров, которые не исключают друг друга. Как следствие, вряд ли можно говорить о какой-либо конкуренции между этими процедурами АРС<sup>3</sup>.

**Выводы.** На мой взгляд, при всех различиях между ними, классический медиатор и судья-примиритель относятся к однопорядковым явлениям.

Судья-примиритель при совершении примиренческой деятельности не выполняет публичных функций, он не может приказывать или указывать сторонам, он может только их уговорить помириться. Эта деятельность ничем не отличается от обычного медиатора. Отличие только в том, что обычного медиатора выбирают сами стороны, а судья-примиритель назначается в утвержденном порядке. Однако стороны вправе отказаться от услуг судьи-примирителя.

Но при осуществлении примирительной деятельности нет никаких различий между обычным медиатором и судьей-примирителем. По существу, их деятельность является посреднической. Они выступают посредниками между сторонами. Посредничество – это и есть медиация. Поэтому судья-примиритель тоже является медиатором.

Чтобы как-то различать эти фигуры, можно говорить о судебном и внесудебном примирении, о судебной и внесудебной медиации, различать обычного (внесудебного, классического) медиатора и судьи-примирителя.

<sup>1</sup> См.: Макаренко Н.Н. Указ. соч.

<sup>2</sup> См., например: Примак Т.К. Альтернативные средства разрешения конфликтов // Мировой судья. 2010. №10. С. 10.

<sup>3</sup> См.: Макаренко Н.Н. Указ. соч.

## 62.2. СУДЕБНЫЕ ПРИМИРИТЕЛИ ЗА РУБЕЖОМ

**Общие положения.** Термин «судебное примирение» появился благодаря публикации в газете «Нью-Йорк таймс». Затем Комитет по разрешению споров Американской ассоциации адвокатов (АВА) рекомендовал создать «суды со множеством дверей» (речь шла о внедрении модели профессора Сендера). Начиная с 1970 г., многие американские суды начали вводить систему третейского разбирательства (court-annexed arbitration). Тем не менее, как уже стало очевидно, «судебное примирение» в первоначальном смысле слова подразумевало под собой примирительные процедуры вообще, что имеет мало общего с современными реалиями права, поскольку, как известно, судебное примирение – лишь один из подинститутов института примирительных процедур<sup>1</sup>.

Так, например, статья 3 Директивы 2008/52/ЕС Европейского Парламента и Совета от 21 мая 2008 г. «О некоторых аспектах медиации в гражданских и коммерческих делах» определяет примирение как организованный процесс, как бы он ни назывался, в котором две или более стороны пытаются добровольно достигнуть разрешения своего спора с помощью посредника. Этот процесс может быть начат сторонами, предложен или назначен судом, или предписан правом государства-члена. Данное понятие охватывает посредничество, осуществляемое судьей, который не ответственен ни за какое судебное разбирательство, имевшее отношение к рассматриваемому спору. Однако данное понятие не включает действия, совершенные судом или судьей для разрешения спора в течение судебного разбирательства, относящегося к спору». Из текста явно следует, что для европейского законодателя не важно, осуществляется ли функция примирения сторон частноправовым (медиатором) или публично-правовым субъектом – судьей или работником суда: понятие, закрепленное данным актом, фокусируется на функции, а не природе субъекта-посредника, что и позволяет говорить об аналогичной природе судебного примирения и наиболее близкого к нему института – медиации<sup>2</sup>.

Участники споров, рассматриваемых в коммерческих судах России середины XIX – начала XX века, после предложения суда о проведении примирительной процедуры могли выбирать как негосударственного примирителя, так и примирителя из состава данного суда. Именно такой характер носит институт судебного примирения, который широко используется в настоящее время в различ-

---

<sup>1</sup> См.: *Салаутдинова Б.А.* Институт судебного примирения в Российской Федерации: проблемы и перспективы развития. [conf.siblu.ru>institute-sudebnogo-primireniya-v-rossiys...](http://conf.siblu.ru>institute-sudebnogo-primireniya-v-rossiys...)

<sup>2</sup> См.: *Макаренко Н.Н.* Указ. соч.



ных странах (частности, в США, Канаде, Королевстве Нидерландов, Германии, Республике Беларусь, Словении).

В мировой практике вопрос участия судьи в переговорах между сторонами решается по-разному. В США подобная процедура называется досудебным совещанием по урегулированию спора. Стороны могут обратиться к судье или независимому лицу. Если они заключили мировое соглашение, суд утверждает его. В случае если стороны отказались от примирения, то дело переходит в стадию судебного разбирательства<sup>1</sup>.

Иначе обстоит дело в Голландии. Судья, проводивший переговоры, не может рассматривать дело по существу, если сторонами не достигнуто мировое соглашение. Таким образом, не все страны имеют четкое закрепление в законодательстве примирительных процедур, они лишь частично охватывают только отдельные его элементы: размер вознаграждения, сроки проведения примирительных процедур, порядок избрания примирителей и т.д.<sup>2</sup>.

Несмотря на отсутствие четкого общепризнанного определения (понятие «примирения» не определено в гражданском процессуальном законодательстве зарубежных стран), принято считать, что в Европе первый раз судебное примирение было упомянуто в Конституции Французской Республики 1790 г. как обязательная стадия урегулирования гражданско-правового спора, предшествующая его рассмотрению по существу. Позже судебное примирение превратилось скорее в формальность, в настоящее время в сообществе судей (например, Европейское объединение судей в поддержку медиации, GEMME) поддерживается идея становления «нового судебного примирения».

Судебное примирение как процессуальный институт широко и давно используется в разных странах (в частности, имеются подробные описания и анализ опыта Бельгии, Франции и Швейцарии, судебное примирение упомянуто в гражданском процессуальном законодательстве Австралии), глава 15 о примирении давно включена в АПК РФ. Возможность судебного примирения, проводимого работниками суда, предусмотрена процессуальным законодательством Бельгии (см. Кодекс судопроизводства, ст. 1730-1737) с 2005 г., Швейцарии (ШГПК, ст. 197-208) с 2002 г. (в Швейцарии допускается проведение процедуры примирения судьей, рассматривающим спор по существу).

<sup>1</sup> См.: Царегородцева Е.А. Способы оптимизации гражданского судопроизводства: Дис...канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2006. С. 179.

<sup>2</sup> См.: Семикина С.А., Юсупова А.Н. Примирительные процедуры в контексте сравнительного анализа процессуального законодательства России и других государств. <http://cyberleninka.ru/article/n/primiritelnye-protsedury-v-kontekste-sravnitel'nogo-analiza-protsessual'nogo-zakonodatelstva-rossii-i-drugih-gos...>

Применение как примирительных процедур, проводимых при поддержке и непосредственном участии судебных работников, так и согласительных процедур возможно и показано прежде всего по спорам с участием физических лиц (споры по делам о расторжении брака при наличии несовершеннолетних детей; трудовые споры; споры с участием потребителей, такие, как банковские, и в сфере здравоохранения в том числе, по административным делам)<sup>1</sup>.

**Франция.** Наиболее четко и подробно институт судебного примирителя разработан во Франции. Очень хороший анализ этого института был сделан А.А. Соловьевым в статье «Об институте судебного примирителя во французском гражданском процессе»<sup>2</sup>.

В статьях 127-129 гл. I ч. VI «Примирительное производство» кн. I ГПК ФР закреплены следующие базовые предписания: Стороны могут примириться как по собственной инициативе, так и по предложению суда. Примирение возможно на любой стадии судебного процесса. Попытка примирения, если иное не предусмотрено законом, производится в тот момент и в том порядке, который суд сочтет наиболее благоприятным и эффективным. Суд, которому предстоит совершить попытку примирения, вправе обязать стороны встретиться с судебным примирителем, который проинформирует их о процедуре примирения в порядке, установленном ст. 21-1 Закона от 08.02.1995 №95-125.

Основам правового статуса судебных примирителей посвящен Декрет от 20.03.1978 №78-381 «О судебных примирителях», ответственность за исполнение которого возложена на министра юстиции. Указанным нормативным правовым актом как раз и был учрежден институт судебных примирителей, основной задачей которых является содействие мирному урегулированию споров в порядке, установленном ГПК ФР.

Судебные примирители выполняют возложенные на них функции на добровольной основе. Вместе с тем они получают фиксированную компенсацию (пособие), чтобы покрыть расходы, связанные с выполнением их обязанностей (канцелярские, почтовые, оплата телефона и т.п.). Данное пособие выплачивается ежеквар-

---

<sup>1</sup> См.: *Гайдаенко Шер Н.И.* Медиация и судебное примирение: возможность сосуществования (зарубежный опыт) // Примирительные процедуры в цивилистическом праве и судопроизводстве. Сборник материалов Международной научно-практической конференции, 26-27 апреля 2019 г. Санкт-Петербург, Часть 1 / Под общ. ред. В.П. Очередыко, А.Н. Кузбагарова, С.Ю. Катужовой / Северо-Западный филиал ФГБОУР Российской государственный университет правосудия. – СПб.: Астерион, 2019. С.61-63. [nwb.rauj.ru/rima/riles/](http://nwb.rauj.ru/rima/riles/).

<sup>2</sup> См.: Вестник Университета им О.Е. Кутафина (МГЮА). [Cyberleninka.ru/article/ob-institute-sudebnogo-prim...](http://cyberleninka.ru/article/ob-institute-sudebnogo-prim...)

тельно, и его размер устанавливается совместным постановлением министра юстиции и министра финансов. Причем Первый председатель апелляционного суда и Генеральный прокурор при этом суде вправе, при наличии соответствующих оснований, увеличить его размер.

Судебный примиритель должен пользоваться своими гражданскими и политическими правами, однако не вправе занимать любую выборную должность в регионе, относящемся к юрисдикции апелляционного суда, на территории которого он выполняет свои обязанности.

Судебным примирителем может быть назначено лицо, обладающее не менее чем трехлетним стажем работы в области права, а также имеющее практический опыт и квалификацию, необходимые для выполнения соответствующих функций. Вместе с тем судебными примирителями не могут быть должностные лица, государственные служащие, а также лица, каким-либо образом привлеченные к отправлению правосудия. Однако выполнение указанных функций не является несовместимым с работой в качестве помощника судьи суда первой инстанции.

Судебный примиритель первоначально назначается на один год распоряжением Первого председателя апелляционного суда после консультаций с Генеральным прокурором при этом суде, по предложению магистрата – координатора судов первой инстанции. По истечении данного срока он может быть повторно назначен на указанную должность на двухлетний возобновляемый срок. Об этих назначениях должен быть проинформирован Совет департамента по доступности правосудия.

В распоряжении о назначении судебного примирителя указывается округ, на территории которого он выполняет свои обязанности. В нем также определяется суд первой инстанции, в который судебный примиритель предоставляет акты о примирении. При первом назначении на должность судебный примиритель принимает перед апелляционным судом следующую присягу: «Я клянусь честно выполнять свои полномочия, аккуратно и добросовестно относиться к возложенным на меня обязанностям».

Раз в год судебный примиритель представляет доклад о ходе своей работы Первому председателю апелляционного суда, Генеральному прокурору при этом суде, магистрату–координатору судов первой инстанции, а также судье суда первой инстанции, в который судебный примиритель предоставляет акты о примирении. Этот доклад может быть обнародован председателями судов.

Институт судебного примирителя в основном регламентирован нормами ГПК ФР.

Так, ст. 129-1 – 129-5 гл. II ч. VI «Примирительное производ-

ство» в кн. I данного Кодекса закрепляют следующие базовые правовые предписания.

Суд вправе в установленном порядке делегировать свои полномочия по примирению сторон назначенному им судебному примирителю. В этом случае суд определяет дату начала такой процедуры и срок для урегулирования спора, который изначально не превышает двух месяцев, однако впоследствии может быть продлен.

В целях примирения сторон судебный примиритель вправе вызывать их представителей для переговоров в определенное им время и установленное им место. В процессе примирения с участием судебного примирителя сторонам может быть оказана помощь специально уполномоченными на то судом лицами. Судебный примиритель вправе опросить любое стороннее лицо по месту его нахождения (с согласия сторон и такого лица), чьи показания ему покажутся необходимыми для достижения примирения.

Касаемо процессуального оформления результатов примирения (ст. 130 -131 гл. III ч. VI «Примирительное производство» кн. I ГПК ФР) указано, что соглашение, достигнутое сторонами при урегулировании спора (в том числе частичном), оформляется протоколом о примирении, который подписывается судьей и сторонами, или актом о примирении, подписанным сторонами и судебным примирителем. Выписки из протокола о примирении, заверенные судьей, могут быть выданы сторонам на основании их ходатайства. Они являются исполнительными документами. Стороны вправе также представить на утверждение суда акт о примирении, подготовленный при участии судебного примирителя. Утверждение такого акта производится судом в порядке особого производства.

Наконец, в ГПК ФР имеется книга V «Разрешение споров мирным путем», гл. II ч. I «Договорные процедуры медиации и примирения» которой содержит особые положения, регламентирующие институт судебных примирителей (статьи 1536–1541).

Так, декларировано право любого физического или юридического лица на обращение к судебному примирителю.

В свою очередь, судебный примиритель обладает рядом полномочий для эффективного выполнения возложенных на него функций. Он вправе в случае необходимости пригласить заинтересованные стороны на встречу. Последние могут явиться в сопровождении другого совершеннолетнего лица на свой выбор, которое должно подтвердить свою личность. Судебный примиритель с согласия заинтересованных сторон может явиться на место события и опросить любых лиц, которых сочтет необходимыми, при условии их согласия. Судебный примиритель может, с согласия сторон,

прибегнуть к помощи другого судебного примирителя, состоящего при апелляционном суде. В ходе встречи сторон судебные примирители могут обмениваться сведениями о переданных им заявлениях. Акт, удостоверяющий соглашение сторон, должен быть подписан обоими судебными примирителями.

Кроме того, ч. III кн. V ГПК ФР содержит положения, касающиеся судебного порядка утверждения результатов примирения. В частности, соглашение, которое стороны достигли в процессе примирения, может быть передано с целью придания ему исполнительной силы на утверждение компетентного суда. Судья, на рассмотрение которому было передано соглашение, не вправе изменять его условия. Судья выносит решение по переданному на его рассмотрение заявлению без проведения судебного заседания, за исключением случаев, когда он считает необходимым заслушать стороны. Решение об отказе в утверждении соглашения может быть обжаловано в апелляционном порядке. Апелляционная жалоба подается в канцелярию апелляционного суда. Она рассматривается судом в порядке особого производства<sup>1</sup>.

Таким образом, Франция показывает тесную связь функций судебного примирителя с отправлением правосудия: примирителем может быть совершеннолетний, дееспособный, не занимающий выборных должностей гражданин, не выполняющий каких-либо функций в сфере правосудия, имеющий подтвержденный стаж работы по юридической специальности не менее трех лет; его назначает председатель апелляционного суда и он приносит присягу перед тем, как приступить к исполнению своей миссии. Примиритель работает как волонтер, без дополнительной оплаты. В отличие от медиатора, судебный примиритель рассматривает только правовую часть спора, не затрагивая иных сторон конфликта, и имеет возможность предложить сторонам вариант судебного решения (т.е. вариант решения исходит от третьего лица, а не от сторон спора) либо самостоятельно вынести решение по спору<sup>2</sup>. Если стороны пришли к соглашению, судья по их желанию может выдать исполнительный лист или утвердить мировое соглашение. Если соглашение не достигнуто, суд продолжит рассмотрение дела по существу. Таким образом, судебное примирение – это директивная оценочная процедура, проводимая в контексте судебного разбирательства, в большинстве случаев ограни-

<sup>1</sup> См.: Соловьев А.А. Указ. соч.

<sup>2</sup> В Швейцарии судебный примиритель вправе предложить сторонам проект судебного решения (по мелким спорам на сумму 5000 шв. франков, по договорам аренды, по спорам из ущемления гендерного равенства), а по делам на сумму до 2000 шв. франков судебный примиритель может вынести решение (ст. 212 ШГПК).

ченная исковыми требованиями<sup>1</sup> и регулируемая гражданским процессуальным законодательством<sup>2</sup>.

В «Словаре-справочнике основных терминов, используемых в Коммерческом кодексе Франции 2000 года», подготовленном В.Н. Захватаевым (Приложение №1 к Коммерческому кодексу Франции), приведено понятие «Судебный примиритель»:

Судебный примиритель (*conciliateur de justice*) – частное лицо, назначаемое на добровольной основе определением первого председателя апелляционного суда для осуществления процедур примирения между сторонами гражданского спора. Судебным примирителем может быть лишь лицо, имеющее опыт в вопросах юридической практики не менее трех лет и обладающее всей полнотой гражданских и политических прав, при условии, что такое лицо не занимает никакой выборной должности в пределах округа того апелляционного суда, где оно будет выполнять свои обязанности. Роль судебного примирителя не могут выполнять публичные должностные лица и должностные лица органов юстиции, а также лица, занимающиеся, в каком бы то ни было качестве, юридической практикой. Первоначально судебный примиритель назначается сроком на один год по представлению члена суда малой инстанции и по согласованию с генеральным прокурором при соответствующем апелляционном суде. По истечении этого срока судебный примиритель может быть назначен в таком же порядке еще на два года. После такого назначения это лицо может принять поручение об осуществлении примирения либо вне всякого судебного процесса, либо в рамках судебной процедуры, когда оно действует в качестве лица, предпринимającego предварительную попытку примирения, предусмотренную законом (за исключением дел о расторжении брака и дел об установлении режима раздельного проживания супругов). Обязанности судебного примирителя могут быть прекращены мотивированным определением первого председателя апелляционного суда по согласованию с генеральным прокурором и членом суда малой инстанции. Следует заметить, что посредник и примиритель выполняют в известной степени сходные функции, которыми регулируются в основном одними и теми же правилами, предусмотренными одними и теми же нормативными актами. Так, и примиритель, и посредник не принимают решения по существу спора; и примиритель, и посредник обязаны соблюдать конфиденциальность информации, полученной в процессе примирения; оба они обязаны не допускать передачи такой информации без согласия сторон любым третьим лицам, в том числе и судье; и тому и другому судья устанавливает сроки для выполнения поручения в

---

<sup>1</sup> В Швейцарии судебный примиритель вправе выйти за пределы предмета спора (ст. 201 ШГПК).

<sup>2</sup> См.: *Гайдаенко Шер Н.И.* Указ. соч. С. 63.

одних и тех же пределах; полномочия того и другого судья может прекратить своим определением и т.п. В силу этих причин на практике эти две процессуальные фигуры часто путают. Вместе с тем между ними имеется существенная разница. Действительно, задача посредника состоит в том, чтобы стороны нашли взаимно приемлемое решение относительно их спора, в то время как первостепенной задачей примирителя является лишь создание надлежащей психологической атмосферы и подготовка почвы, позволяющей сторонам преодолеть барьер непримиримой враждебности, которая их часто отчуждает, и приступить к переговорам. Иными словами, задача посредника – помочь сторонам разрешить спор, в то время как задача примирителя – лишь создать условия для его возможного разрешения. Кроме того, обязанности примирителя исполняются на общественных началах, тогда как услуги посредника являются платными. К тому же судья не вправе обязать стороны, без их согласия, встретиться с кандидатом в посредники. Что касается примирителя, то суд может предписать сторонам встретиться с назначенным им лицом, удовлетворяющим требованиям, предъявляемым к посредникам (фактически – с кандидатом в посредники), с тем чтобы тот изложил сторонам предмет и процедуру примирения. Сказанное, однако, не исключает, а предполагает составление примирителем протокола достигнутого между сторонами соглашения (в том числе и частичного) в порядке, предусмотренном ст. 832-7 ГПК, когда такое соглашение удастся достичь в процессе примирения. В настоящее время во Франции насчитывается около 1900 судебных примирителей. См.: ст. 21, 98, 127-131, 829, 831, 832-832-10, 833 -835, 840, 847, 847-3 ГПК; см. также: ст. 231, 244, 251-251-3, 254, 822, 2245 ГК. Подробнее о судебных примирителях см. в главе I титула II Закона от 8 февраля 1995 г. №95-125, с изменениями, внесенными Законом от 2 февраля 2007 г., №2007-148; см. также: Декрет о примирителях от 20 марта 1978 г. №78-381, с изменениями, внесенными Декретом от 12 июня 2006 г. №2006-687<sup>1</sup>.

**Германия.** Довольно часто примирительную процедуру проводят сами судьи. Такая практика получила широкое распространение в Германии и Финляндии, а также в некоторых штатах США.

Внедрение такой модели в разных странах проходило по одному сценарию, в рамках инициированных судами пилотных проектов. Группа судей обучалась медиации и с определенного времени, помимо основных обязанностей судьи, начинала выполнять функции судебных медиаторов, принимая от своих коллег дела для проведения медиации.

<sup>1</sup> См.: Коммерческий кодекс Франции / предисловие, перевод с французского, дополнение, словарь-справочник и комментарии В.Н. Захватаева. М.: Волгерс Клувер, 2008. С.700-701.

Для того чтобы гарантировать неукоснительное соблюдение принципов медиации и особенно принципа конфиденциальности, и стимулировать к более открытому диалогу при разработке данной модели, был установлен однозначный запрет на проведение судебной медиации компетентным судьей, т.е. в производстве которого находится судебный спор. По своему содержанию она мало чем отличается от внесудебных процедур медиации, существующих в конкретной стране. Среди особенностей судебной медиации в Германии можно выделить ее бесплатность для участников процесса, расходы которых обычно не превышают уплаченных сумм государственной пошлины, а также ее ограниченность во времени – проводимая судьями процедура медиации редко когда длится дольше нескольких заседаний и почти никогда не превышает двух-трех часов.

Принятый Закон Германии «О медиации» в качестве компромисса между всеми заинтересованными в развитии медиации группами предложил отказаться от использования термина «судебная медиация» для обозначения проводимых судьями примирительных процедур и предложил заменить его термином «судебная примирительная процедура» (*Güterichterverfahren*), беря за основу модель судебной медиации, разработанную в Баварии. В то же время относительно содержания процедуры Закон установил, что судьям не запрещается использовать при проведении примирительных процедур любые процедуры и техники для примирения сторон, в том числе и процедуру медиации.

Таким образом, с принятием Закона в основном изменилось лишь официальное наименование процедуры – «вывеска», под которой она проводилась, однако сохранилось ее основное содержание. Формально отказываясь от интегрированной модели судебной медиации и, таким образом, поддерживая развитие внесудебных примирительных процедур и успокаивая многотысячное сообщество частных медиаторов, немецкий законодатель в то же время попытался сохранить существующую практику судебной медиации. Такой вариант также был воспринят неоднозначно, особенно представителями судейского сообщества, активно практикующими процедуру медиации по интегрированной модели.

В Германии помимо осуществления правосудия судьи также могут осуществлять другую деятельность, перечень которой строго ограничен. Например, они могут брать на себя некоторые административные функции в судах, а также осуществлять некоторые виды деятельности, не запрещенные законом (такие, как преподавание, творчество, наука). В связи с этим некоторые немецкие юристы задались вопросом о допустимости судебной медиации и возможности отнесения деятельности судьи-медиатора к одной из трех групп допускаемых законом видов деятельности судьи: 1)



правосудие; 2) административная деятельность в судах; 3) иная, не запрещенная законом деятельность.

Споры об отнесении медиации к деятельности по осуществлению правосудия на том основании, что эта деятельность не только направлена на вынесение судебного решения, но и предписывает судье прилагать максимальные усилия к мирному урегулированию спора сторонами, не прекращались со дня появления практики интегрированной судебной медиации. Противники применяемой модели – в основном частные медиаторы и поддерживающие их организации и сообщества – указывали на то, что осуществляемая судьей процедура медиации не может рассматриваться в качестве деятельности по осуществлению правосудия. Медиация как конфиденциальная процедура не может быть включена в общий ход гражданского судопроизводства. Даже будучи интегрированной в судебное разбирательство, медиация не является одной из стадий рассмотрения гражданского дела и, таким образом, не является частью гражданского процесса. С другой стороны, поддерживающие судебную медиацию представители судейского сообщества исходили из того, что в соответствии с нормами ГПК Германии судьи обязаны содействовать примирению сторон и проведение судебной медиации является одной из возможных форм реализации данной обязанности.

Критика была также связана с тем, что проводимая судьями процедура, по мнению некоторых специалистов, не может считаться медиацией, например, из-за ее ограниченности во времени, которая не позволяет судьям-медиаторам выяснить подлинные интересы сторон и достичь подлинного примирения, которое достигается в рамках процедуры медиации.

Большая часть высказываемых возражений касается того факта, что медиацией занимаются действующие судьи, которые проводят процедуру помимо выполнения своих основных обязанностей по судебному разрешению споров, а, следовательно, в ущерб своим профессиональным обязанностям. В связи с этим высказываются предложения о проведении процедуры медиации судьями в отставке.

Основной акцент здесь делается на то, что многие из вышедших в отставку судей находятся в работоспособном возрасте и имеют значительный опыт работы, связанной с разрешением конфликтов. Некоторые страны уже пошли по пути активного привлечения судей в отставку к проведению примирительных процедур. Однако противники данного подхода совершенно справедливо указывают на то, что имеющийся у судей опыт разрешения конфликтов вряд ли может оказаться полезным при проведении медиации – процедуры, основанной на воле и желании сторон, а не судьи или другого лица, обладающего властными полномочиями по разрешению спора. В случаях проведения судебной медиации у скептиков со-

храняются сомнения по поводу того, что судья может отказаться от привычной модели поведения в примирительной процедуре и не будет навязывать сторонам свое видение спорной ситуации и варианты ее разрешения<sup>1</sup>.

Тем не менее в Германии официально закреплена правовая фигура судьи-примирителя. В Гражданском процессуальном уложении Германии указано, что суд может рекомендовать сторонам примирительную процедуру, осуществляемую уполномоченным судьей или судьей, выполняющим отдельное поручение.

**Финляндия.** В Финляндии медиация регулируется Гражданско-процессуальным кодексом Финляндии (глава 5, раздел 19 (4), а также Законом Финляндии о медиации (663/ 2005).

Закон (663/2005) предусматривает медиацию споров в общих судах. Необходимым условием для посредничества является то, что вопрос медиации подходит для посредничества и соответствует требованиям сторон. Дело может быть передано в суд либо по требованию сторон, либо в случае, находящемся на рассмотрении в суде, по просьбе стороны или сторон. Суд принимает решение о начале медиации. В качестве посредника в суде имеется выделенный судья/примиритель, занимающийся этим вопросом. Осуществление посредничества регулируется разделом 6 Закона Финляндии. Посредничество должно быть выполнено быстро, справедливо и беспристрастно в соответствии с Законом. Также раздел 6 Закона, содержит и другие положения, касающиеся примирения. Примирение суда в первую очередь является обязательным методом для судебного процесса.

Посредник не должен вносить произвольных предложений по собственной инициативе, а только по просьбе сторон. Тем не менее Закон о примирении в судах также позволяет, в качестве альтернативы, представить предложение об урегулировании. Однако такое предложение должно в принципе соответствовать интересам и потребностям сторон, вытекающим из согласительной процедуры, и не должно основываться на правовой оценке фактов, изложенных в ходе разбирательства.

Принятое сторонами урегулирование сторон может быть подтверждено как урегулирование (раздел 8 Закона). При медиации и принятии решения по примирению происходит сверка по производству дела (см. главу 20 Кодекса). Согласование этой сверки, должно быть подтверждено при посредничестве. Однако сверка также применяется к неоригинальным претензиям сторон, как указано Законом. Данная процедура предусмотрена в Разделе 12 главы 2 (Обеспечительных мер исполнения), см. (705 / 2007)<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> См.: *Дарибаев Б.С.* Судья – примиритель. [Infozakon.kz/courts/12019-sudya-primiritel.html](http://Infozakon.kz/courts/12019-sudya-primiritel.html).

<sup>2</sup> См.: *Везикко В.Р.* (Председатель Международной Арбитражной академии

**Япония.** В Японии примирительные процедуры регулируются специальным законодательством (в частности Законом о примирении по гражданским делам). Обращение в суд по традиции этой страны рассматривается как поведение, достойное порицания, но все же примирительные процедуры широко распространены.

Примирительная процедура осуществляется специальным органом – Комитетом по гражданскому примирению, который заслушивает заявления обеих сторон, рекомендует пойти на взаимные уступки, либо убеждает принять условия компромиссного соглашения, проект которого готовит сам Комитет, что имеет для сторон определяющее значение. В случае успешного завершения примирительных процедур исполнение условий мирового соглашения является обязательным для заинтересованных лиц. Исполнение судебных актов входит в систему судопроизводства по гражданским делам и является окончательной стадией процесса<sup>1</sup>.

В Японии с 2004 г. введен институт внештатных судей – система, в которой адвокаты раз в неделю в течение дня работают в суде, осуществляя на основании заявления заинтересованного лица и до возбуждения им искового производства примирительную процедуру по гражданским и семейным спорам. Государственная пошлина за рассмотрение дела коллегией с внештатной судьей составляет половину ставки, взимаемой за подачу иска в суд, и учитывается впоследствии при его подаче.

**Беларусь.** В Беларуси в 2004 г. была введена в Хозяйственный процессуальный кодекс Республики Беларусь судебно-административная модель медиации. В соответствии с ней медиаторами вправе быть должностные лица хозяйственного суда, обладающие квалификацией, отвечающей существу спора (например, начальники отделов, специалисты отделов судебной практики). Согласно ст. 156 Хозяйственного процессуального кодекса Республики Беларусь примиритель назначается из числа лиц, занимающих государственную должность в суде, рассматривающем экономические дела, либо из числа медиаторов, иных лиц, привлекаемых на договорной основе, обладающих квалификацией, отвечающей существу возникшего конфликта.

---

Финляндии). Стимулы и ограничения медиации по законодательству Финляндии // Примирительные процедуры в цивилистическом праве и судопроизводстве. Сборник материалов Международной научно-практической конференции, 26-27 апреля 2019 г. Санкт-Петербург. Часть 1 / Под общ. ред. В.П. Очередыко, А.Н. Кузбагарова, С.Ю. Катуковой / Северо-Западный филиал ФГБОУВО Российский государственный университет правосудия. – СПб.: Астерион, 2019. С. 51-52. [nwb.rgup.ru>ring>biles>sbornik\\_26-27.04\\_1.pdf](http://nwb.rgup.ru/rimg>biles>sbornik_26-27.04_1.pdf).

<sup>1</sup> См.: Семикина С.А., Юсупова А.Н. Примирительные процедуры в контексте сравнительного анализа процессуального законодательства России и других государств. <http://cyberleninka.ru/article/n/primiritelnye-protsedury-v-kontekstes-ravnitel'nogo-analiza-protssual'nogo-zakonodatel'stva-rossii-i-drugih-gos...>

В основном примирители представлены следующими должностными лицами: начальники управлений (отделов) обеспечения работы судов, начальники отделов судебной практики, главные и ведущие специалисты отделов судебной практики, начальники отделов кадровой работы и прочие специалисты<sup>1</sup>.

**Россия.** В России институт судебного примирения введен в 2019 г. Новшества в процедуре примирения сторон в арбитражном, гражданском и административном процессах в России вступили в силу 25 октября 2019 года. Они начали действовать в связи с принятием трех законов:

1. Федеральный Конституционный закон от 26. 07. 2019 №3-ФКЗ

Дает право Пленуму Верховного Суда РФ утверждать регламент проведения судебного примирения, а также формировать и устанавливать список судебных примирителей.

2. Федеральный закон от 26.07.2019 №198-ФЗ

Вносит в Налоговый кодекс РФ изменения, связанные с частичным возвратом государственной пошлины в результате примирительных процедур. Размер суммы будет зависеть от того, на какой стадии произошло примирение.

Пока не вступили в силу изменения, истец, заключая соглашение о примирении, может рассчитывать не более чем на 50 % возврата государственной пошлины.

Стадия примирения	Процент от государственной пошлины
На стадии рассмотрения дела судом кассационной инстанции, пересмотра судебных актов в порядке надзора	30%
На стадии рассмотрения дела судом апелляционной инстанции	50%
При заключении соглашения о примирении, отказе истца от иска, признании ответчиком иска, в том числе по результатам проведения примирительных процедур, до принятия решения судом первой инстанции возврата истцу	70 %

Для истца данное изменение несет позитивный характер. В ситуации, когда речь идет о большой сумме государственной пошлины, заключать соглашение о примирении будет выгодно.

<sup>1</sup> См.: *Маслова И.С.* Перспективы привлечения работников аппарата суда в качестве судебных примирителей // *Материалы Международной научно-практической конференции «Актуальные вопросы применения медиации в различных сферах».* 19-20 апреля 2018 г. Ростов-на-Дону, 2018. С. 85. [rgup>materialy\\_ronf\\_19.04.2018-20.04.2018pdf](http://rgup>materialy_ronf_19.04.2018-20.04.2018pdf).

### 3. Федеральный закон от 26. 07. 2019 №197-ФЗ

Этим законом Гражданский процессуальный кодекс дополнен Главой 14.1 Примириельные процедуры. Мирное соглашение.

В силу ст. 153.3 ГПК РФ споры могут быть урегулированы путем проведения переговоров, посредничества, в том числе медиации, судебного примирения, или использования других примирительных процедур, если это не противоречит федеральному закону.

Процедура судебного примирения предоставляет сторонам возможность регулировать спор путем использования примирительной процедуры с участием судебного примирителя. Судебным примирителем выступает судья в отставке.

За формирование и утверждение списка судебных примирителей ответственен Пленум Верховного Суда РФ. Он учитывает предложения арбитражных судов о кандидатурах судебных примирителей из числа судей в отставке, которые выразили желание выступать в качестве судебного примирителя. Кандидатуру для разрешения конкретного спора определяют по взаимному согласию стороны, а суд ее утверждает.

Суд сможет вынести определение о проведении примирительной процедуры. Это произойдет, если стороны согласились с предложением провести такую процедуру или суд удовлетворил ходатайство о ней.

В определении суд должен указать срок, в течение которого завершится примирительная процедура. В то же время стороны смогут ходатайствовать о продлении срока.

Если до обращения в суд с оспариванием, например, решений органов власти, стороны не использовали досудебное урегулирование спора, то будет действовать принцип: при согласии юридического лица, ИП или гражданина суд сможет отложить разбирательство и провести примирительную процедуру, например, для уточнения фактических обстоятельств, снятия противоречий в позициях, в том числе путем проведения сверки взаимных расчетов.

В Регламенте проведения судебного примирения, утвержденном постановлением Пленума Верховного Суда от 3 октября 2019 г. №41<sup>1</sup> закрепляется, что использование судебного примирения осуществляется для реализации таких задач судопроизводства, как мирное урегулирование споров, содействие становлению и развитию партнерских деловых отношений, формированию обычаев и этики делового оборота.

Судебное примирение сторонами не оплачивается.

Порядок судебного примирения определяется сторонами по со-

<sup>1</sup> См.: [obsud.kin.sudzb.ru/modules.php?name=info\\_court&zid=16](https://obsud.kin.sudzb.ru/modules.php?name=info_court&zid=16).

гласованию с судебным примирителем с учетом положений процессуального законодательства и настоящего Регламента.

Требования к судебным примирителям закреплены в ст. 8 Регламента:

«1. Судебным примирителем является судья, пребывающий в отставке и включенный в список судебных примирителей, который утверждается Пленумом Верховного Суда Российской Федерации.

2. Судья, пребывающий в отставке и привлеченный к осуществлению правосудия, не вправе выступать в качестве судебного примирителя.

3. Судья, пребывающий в отставке и работающий в органах государственной власти, органах местного самоуправления, государственных и муниципальных учреждениях, в профсоюзных и иных общественных объединениях, а также в качестве помощника депутата Государственной Думы или члена Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации либо помощника депутата законодательного (представительного) органа субъекта Российской Федерации или назначенный на должность уполномоченного по правам потребителей финансовых услуг, не вправе выступать в качестве судебного примирителя».

О формировании списка судебных примирителей говорится в ст. 9 Регламента:

«1. Список судебных примирителей формируется и утверждается Пленумом Верховного Суда Российской Федерации на основе предложений Верховного Суда Российской Федерации, кассационных судов общей юрисдикции, кассационного военного суда, арбитражных судов округов, Суда по интеллектуальным правам, апелляционных судов общей юрисдикции, апелляционного военного суда, арбитражных апелляционных судов, верховных судов республик, краевых, областных судов, судов городов федерального значения, суда автономной области, судов автономных округов, арбитражных судов, окружных (флотских) военных судов, о кандидатурах судебных примирителей из числа судей в отставке, изъявивших желание выступать в качестве судебного примирителя.

2. При формировании списка учитываются в том числе опыт работы в качестве судьи, опыт научной деятельности, специализация, регион проживания кандидата».

В соответствии со ст. 13 Регламента стороны судебного примирения вправе:

выбирать судебного примирителя;

вносить предложения по порядку проведения судебного примирения;

заявлять о необходимости участия в судебном примирении иных лиц;

сообщать информацию, необходимую для урегулирования спора;

задавать вопросы другой стороне и судебному примирителю;

высказывать просьбу о проведении индивидуальной беседы с судебным примирителем;

высказывать предложения по урегулированию спора и достижению результатов примирения;

обсуждать высказанные сторонами предложения на предмет их исполнимости и удовлетворения интересов каждой из сторон;

ходатайствовать о продлении процедуры в случае истечения срока судебного примирения.

Согласно ст. 15 Регламента:

«1. Судебное примирение может быть инициировано сторонами либо предложено судом.

Предложение суда провести судебное примирение может содержаться в определении о принятии искового заявления (заявления) к производству, о подготовке дела к судебному разбирательству или в ином определении по делу, а также может быть сделано судом в устной форме.

4. Кандидатура судебного примирителя определяется по взаимному согласию сторон из списка судебных примирителей, в том числе с учетом специализации и региона проживания судебного примирителя, и утверждается определением суда.

В случае согласия сторон на проведение судебного примирения и невозможности определения ими кандидатуры судебного примирителя суд предлагает кандидатуру судебного примирителя, которая утверждается судом по согласованию со сторонами.

По нескольким взаимосвязанным спорам с участием одних и тех же сторон при их согласии может быть утвержден один и тот же судебный примиритель.

5. Судебное примирение проводится в здании суда, в отдельном помещении, при условии обеспечения проведения совместных, индивидуальных переговоров, создания равных условий для урегулирования спора с учетом интересов сторон и достижения взаимоприемлемого результата примирения».

### **62.3. СУДЬЯ-ПРИМИРИТЕЛЬ В КАЗАХСТАНЕ**

В соответствии с распоряжением председателя Верховного Суда Республики Казахстан 28 апреля 2018 года был запущен Пилотный проект «Примирительные процедуры в суде».

Пилотный проект проводился по делам искового производства,

за исключением дел, рассматриваемых в порядке упрощенного (письменного) производства, банковских споров, а также по искам, по которым ответчик является иногородним.

В указанных судах судьи-примирители до принятия заявления к производству суда обсуждали со сторонами возможность применить одну из примирительных процедур: заключение мирового соглашения, соглашения об урегулировании спора в порядке медиации, либо соглашения об урегулировании спора в порядке партисипативной процедуры.

Примирительная процедура в порядке медиации проводилась по соглашению сторон судьей-примирителем либо медиатором. При заявлении ходатайства о проведении медиации судьей-примирителем судебное разбирательство по делу не назначалось, а назначенное судебное разбирательство откладывалось на срок не более десяти дней. На основании определения суда дело передавалось посредством компьютерного распределения судьей-примирителю, который назначает день проведения судебной медиации.

По итогам пилотного проекта были подготовлены изменения в ГПК РК. Законом от 10 июля 2020 г. статья 179 ГПК была изложена в новой редакции. В ней, в частности, закреплялось:

1. Стороны вправе до удаления суда для вынесения решения в судах первой, апелляционной, кассационной инстанций заявить ходатайство об урегулировании спора (конфликта) в порядке медиации при содействии судьи или медиатора.

2. Судья, который проводит медиацию, назначает день проведения медиации и извещает стороны о времени и месте ее проведения. Медиация проводится судьей в соответствии с Законом Республики Казахстан «О медиации» и с учетом особенностей, установленных настоящим Кодексом.

3. Если стороны не достигли соглашения об урегулировании спора (конфликта) в порядке медиации при содействии судьи до принятия искового заявления, материалы, имеющие отношение к делу, передаются на рассмотрение другому судье. С согласия сторон дело может быть рассмотрено судьей, проводившим медиацию.

Таким образом, Казахстан выбрал судебную медиацию, проводимую непосредственно судьей-примирителем.

#### **62.4. ВЫВОДЫ**

1. Судебное примирение получило определенное распространение в ряде стран и продолжает активно развиваться. Несомненно, оно является эффективным и за ним будущее.



2. Правовая природа судебного примирения до конца не определена, в литературе идут ожесточенные споры. Однако ясно, что судья-примиритель и медиатор – это явления одного порядка, ибо основной целью деятельности и того, и другого является примирение и деятельность обоих относится к одному из видов примирительных процедур, а именно – к посредничеству (медиации). Поэтому деятельность судьи-примирителя должна осуществляться так же, как деятельность обычного медиатора. Судей, если они будут выступать в роли судьи-примирителя, необходимо этому специально обучать, вытравливать из них властные функции.

3. В разных странах в качестве судьи-примирителя могут выступать различные лица: действующие судьи, судьи в отставке, работники суда, лица, назначаемые высшим судебным органом.

4. Работа судьи-примирителя осуществляется бесплатно для сторон. В этом огромное преимущество института судебного примирения перед обычной медиацией. Однако необходимо предусмотреть оплату для судьи-примирителя: или возмещение расходов, как в некоторых странах, или какую-то оплату из фонда Верховного Суда в зависимости от количества рассмотренных дел с премией за успешно проведенное примирение.

5. Независимо от того, кто будет судьей-примирителем – действующий судья или другие лица – необходимо в каждом суде выделить специальное помещение для судьи-примирителя с оборудованием ее всем необходимым (включая компьютер) и свободным доступом к этому помещению граждан.

### 63.1. ПОНЯТИЕ МЕЖДУНАРОДНОГО КОММЕРЧЕСКОГО АРБИТРАЖА

Прежде всего необходимо разобраться с соотношениями понятий «суд», «арбитражный суд», «третейский суд».

Статья 9 ГК, озаглавленная «Защита гражданских прав», называет прежде всего судебные органы защиты гражданских прав: суды, арбитражи. Применение средств защиты гражданских прав допускается также органами власти и управления (п. 2 ст. 9 ГК) либо самостоятельными действиями лица, чье право нарушено – самозащита (п. 3 ст. 9 ГК).

Арбитраж, арбитражные суды и третейские суды нередко считаются разными понятиями. В п. 1 ст. 9 ГК до 2013 года было закреплено положение о том, что: «защита гражданских прав осуществляется судом, арбитражным судом или третейским судом...».

Однако такая формулировка была неточной. Подобная путаница во многом была связана с тем, что в Казахстане на момент подготовки проекта ГК существовали наряду с судами общей юрисдикции государственные арбитражные суды. Наряду с Верховным Судом был Высший Арбитражный Суд. Деятельность государственных арбитражных судов регулировалась Законами от 17 января 1992 г. «Об арбитражном суде Республики Казахстан» и «О порядке разрешения хозяйственных споров арбитражными судами Республики Казахстан», утратили силу 1 июля 1999 г.

Государственные арбитражные суды до сих пор существуют в некоторых странах СНГ.

С ликвидацией государственных арбитражных судов в Казахстане после принятия Конституции РК 1995 г. исчезли основания для смешения понятия «арбитражные суды» применительно к государственному арбитражу и негосударственным арбитражным судам.

Понятие арбитража приблизилось к тому пониманию, которое господствует во всех странах мира, как негосударственного органа, избираемого сторонами для разрешения возникших между ними споров.

Таким образом, арбитражный суд и третейский суд – это одно и то же. На английский язык «третейский» переводится как «арби-

траж». Поэтому международный коммерческий арбитраж – это тоже третейский суд.

Когда в Казахстане готовилось арбитражное законодательство, НИИ частного права Казахского гуманитарно-юридического университета предлагал принять один закон об арбитражных (третейских) судах и даже подготовил проект такого закона. Однако законодательная практика пошла по другому пути, и 28 декабря 2004 г. были приняты два закона: «О международном коммерческом арбитраже» и «О третейских судах». В соответствии с этим понятие «третейские суды» в Казахстане применяется к внутренним третейским судам, а понятие «арбитражные суды» – к международным коммерческим арбитражам и иностранным арбитражам. Но содержание и того, и другого понятия одинаково – это негосударственные суды, создаваемые по соглашению сторон.

При определении понятия «международный коммерческий арбитраж» необходимо иметь в виду два отличительных признака:

1) в отличие от третейского суда – это международный арбитраж;

2) в отличие от международного, рассматривающего споры между государствами (межгосударственный арбитраж), – это международный коммерческий арбитраж, рассматривающий споры между субъектами международного частного права.

На основании изложенного можно предложить следующее определение: «Международный коммерческий арбитраж» – это арбитраж, созданный сторонами для рассмотрения гражданско-правовых споров международного характера, то есть осложненных иностранным элементом».

В настоящее время существует два вида арбитражных (третейских) судов:

1) изолированный арбитраж *ad hoc* (лат.: для этого) – разовый арбитраж, образуемый сторонами для рассмотрения одного спора, после чего он прекращает свое существование;

2) постоянно действующий, институционный арбитраж, создаваемый при торгово-промышленных и торговых палатах, различных организациях и ассоциациях. Институционный арбитраж может быть создан и как самостоятельное юридическое лицо, как, например, Казахстанский международный арбитраж.

Наиболее известные институционные арбитражи:

При рассмотрении спора арбитражем *ad hoc* стороны вправе определить, каким регламентом он будет пользоваться. Здесь возможны три варианта. Стороны могут:

1) сами разработать регламент, на основании которого арбитраж будет рассматривать спор;

2) договориться, что воспользуются регламентом какого-либо институционного арбитража;

3) договориться о применении одного из трех регламентов, разработанных под эгидой ООН специально для арбитража *ad hoc*:

а) Арбитражный регламент Экономической комиссии ООН для Европы (1966 г.);

б) Правила международного коммерческого арбитража Экономической комиссии ООН для Азии и Дальнего Востока (1966 г.);

в) Арбитражный регламент Комиссии ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ), *United Nations commission on international trade law (UNCITRAL)*, утвержденный Резолюцией 31/98, принятой Генеральной Ассамблеей ООН от 15 декабря 1976 г., и новая редакция, вступившая в силу 15 августа 2010 г.

Все эти регламенты носят факультативный характер, то есть применяются только в том случае, если стороны сделали об этом соответствующую оговорку в контракте, что стороны могут также внести изменения в избранный ими регламент.

На практике стороны чаще всего выбирают Арбитражный регламент (ЮНСИТРАЛ).

Для того чтобы арбитражный суд мог рассмотреть дело, стороны должны прийти к соглашению об арбитражном рассмотрении, то есть определить индивидуальную юрисдикцию спора. Данное соглашение называется арбитражным соглашением.

Международная арбитражная практика выделяет три вида арбитражного соглашения: арбитражная оговорка, третейская запись, арбитражный договор.

Арбитражная оговорка, или оговорка об арбитраже (*clause compromissoire*) – включенное в текст основного контракта условие об арбитражном разбирательстве споров, которые могут возникнуть в связи с данным контрактом в будущем.

Третейская запись (часто именуется в соответствии с зарубежной терминологией как «компромисс» – *compromissoire*) – текстуально независимое от основного договора соглашение между сторонами об арбитражном разбирательстве уже возникшего между ними спора.

Арбитражный договор – специальный договор, составленный сторонами с целью согласования арбитражного органа и процедуры рассмотрения споров между сторонами по определенному кругу контрактов либо в определенной сфере деятельности. В том случае, если арбитражный договор предусматривает, что все споры, которые возникли между ними или могут возникнуть в будущем, подлежат передаче арбитражному суду, такой договор именуется *compromise supplenum* (генеральный арбитражный договор).

Раньше генеральный арбитражный договор имел определенное распространение, но сейчас его применение выглядит проблема-

тичным. В частности, в соответствии с законодательством Казахстана может потребоваться конкретизация спорных правоотношений. Во всяком случае, такой вид арбитражного соглашения, как арбитражный договор, в современных условиях практически не применяется, что дает основание ряду авторов говорить только о двух видах арбитражного соглашения: арбитражная оговорка и третейская запись<sup>1</sup>.

В Законе об арбитраже арбитражное соглашение определяется как письменное соглашение сторон о передаче на рассмотрение в арбитраж спора, который возник или может возникнуть из гражданско-правовых отношений (подпункт 4) ст. 2).

В соответствии со ст. 8 Закона об арбитраже спор может быть передан на рассмотрение арбитража при наличии заключенного между сторонами арбитражного соглашения. Арбитражное соглашение может быть заключено сторонами в отношении споров, которые возникли или могут возникнуть между сторонами по какому-либо конкретному гражданско-правовому отношению. Арбитражное соглашение в отношении спора, который находится на рассмотрении в суде, может быть заключено до принятия решения по спору указанным судом. В этом случае суд выносит определение об оставлении заявления без рассмотрения.

В Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений закреплено, что термин «письменное соглашение» включает арбитражную оговорку в договоре или Арбитражное соглашение, подписанное сторонами или содержащееся в обмене письмами или телеграммами.

В соответствии с п. 2 (а) ст. 1 Европейской конвенции о внешне-торговом арбитраже термин «арбитражное решение» означает арбитражную оговорку в письменной сделке или отдельное Арбитражное соглашение, подписанное сторонами или содержащееся в обмене письмами, телеграммами или в сообщениях по телетайпу, а в отношениях между государствами, в которых ни один из законов не требует письменной формы для арбитражного соглашения, – всякое соглашение, заключенное в форме, разрешенной этими законами.

На практике часто применяются типовые арбитражные оговорки, которые применяются, если стороны прямо выразили на это согласие.

Приведем для примера арбитражную оговорку, рекомендуемую Казахстанским международным арбитражем (КМА) для включения в договоры:

«Любые споры и (или) разногласия, возникающие из настоящего контракта (договора) или в связи с ним, подлежат окончательно-

<sup>1</sup> См., например: *Тытель А., Функ Я., Хвалей В.* Курс международного торгового права. Минск, 1999. С. 616, 638-639.

му урегулированию в Казахстанском международном арбитраже в соответствии с действующим Регламентом».

По мере необходимости сторонам рекомендуется делать следующие дополнения к оговорке:

Состав Арбитража будет включать

– арбитров (единоличного арбитра)

Место проведения Арбитража \_\_\_\_\_

Языком арбитражного разбирательства будет \_\_\_\_\_

Типовая оговорка о применимом праве:

Настоящий контракт (договор) регулируется нормами материального права \_\_\_\_\_ (указать)».

В Регламенте КМА не случайно наряду с типовой арбитражной оговоркой указано на желательность определения по соглашению сторон применимого права, связанного с этой арбитражной оговоркой. В противном случае возникают проблемы с определением применимого права.

В арбитражной практике при отсутствии соглашения сторон о применимом праве применяется принцип закона страны суда (*lex fori*) или закон страны арбитража (*lex arbitri*).

Однако применяется при этом не материальное право страны, где расположен арбитраж, а коллизионное право этой страны. То есть в соответствии с коллизионным правом может быть применено и материальное право другой страны.

При арбитраже *ad hoc* ситуация усложняется, так как могут возникнуть трудности с определением города, где находится арбитраж. Поэтому арбитры могут сами решать, какие коллизионные нормы они будут применять. Обычно определяется коллизионное право страны рассмотрения арбитражного дела, или, если арбитры из разных стран, – места жительства председателя состава арбитражного суда.

В п. 1 ст. 33 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ закреплено: «Арбитражный суд применяет право, которое стороны согласовали как подлежащее применению при решении спора по существу. При отсутствии такого согласия арбитражный суд применяет право, определенное в соответствии с коллизионными нормами, которые он считает применимыми».

При наличии арбитражного соглашения стороны не вправе обращаться в суд общей юрисдикции.

Приведем в этой связи два примера из практики.

В деле по иску Главной корпорации по освоению и развитию провинции Хайнань (КНР) к казахстанской внешнеторговой фирме (решение Арбитражной комиссии при Торгово-промышленной палате Республики Казахстан от 6 января 1999 г.) истец вначале обратился в суд общей юрисдикции, который почти год держал у себя дело, а затем производство по делу прекратил из-за наличия арби-

тражной оговорки. Комиссия признала обращение в суд общей юрисдикции действующим, прерывающим срок исковой давности, но отказал истцу во взыскании неустойки за это время исходя из наличия вины истца, выразившейся как раз в обращении в суд общей юрисдикции.

Второй пример. В деле по иску Швейцарско-Казахстанского СП к казахстанскому АО (решение Арбитражной комиссии от 3 декабря 1998 г.) истец вначале обратился в Акмолинский областной суд, который своим определением производство по делу прекратил ввиду наличия арбитражной оговорки.

Характерным признаком арбитражного соглашения является юридическая автономность по отношению к контракту. Судьба арбитражного соглашения, его юридическая действительность не зависят от действительности основного контракта. Это – основополагающий принцип международного коммерческого арбитража. Причем этот принцип одинаково действует применительно и к коммерческому арбитражу, и к судам общей юрисдикции.

При рассмотрении дел в судах общей юрисдикции также возможно на основании нормы о договорной подсудности (ст. 468 ГПК РК) заключение соглашения о передаче дела в определенный орган. Это соглашение, называемое «пророгационным», является родственным арбитражному соглашению, разница лишь в том, что в арбитражном соглашении определяется подсудность коммерческих (негосударственных) судов, а в пророгационном – судов общей юрисдикции.

В судебной практике РК был ряд случаев, когда судебные органы нарушали принцип недопустимости рассмотрения дела в суде общей юрисдикции при наличии арбитражного или пророгационного соглашения, ссылаясь при этом как раз на то, что контракт с иностранным участником был признан недействительным, – соответственно должно быть признано недействительным и соглашение о подсудности.

Так поступил, например, Верховный суд РК при рассмотрении дела по иску «Kazakhstan Minerals resources group (KMRG)» к «Trans World group(TWG)». У сторон имелось соглашение о рассмотрении дела на Британских Вирджинских островах (BVO), однако Верховный суд РК, признав недействительным контракт, признал недействительным и данное соглашение<sup>1</sup>.

Аналогичное решение принял 5 ноября 1998 г. суд г. Алматы при рассмотрении дела между ЗАО «Евразийский банк» и юридическими лицами, подконтрольными TWG, – ТОО «Финанс Маркет», АОЗТ «Экспедиторская компания Транс-Сайбиркан», АКБ

<sup>1</sup> Анализ решения по этому делу см. в кн.: Гражданское законодательство Республики Казахстан: Статьи. Комментарии. Практика. Алматы, 1999. Вып. 7.

«Залогбанк», АКБ «Максат». Суд признал недействительными кредитные договоры, заключенные с этими фирмами, и взыскал в пользу Евразийского банка около 945 млн тенге.

Для нас интерес в этом деле представляет тот факт, что между АКБ «Залогбанк» и ЗАО «Евразийский банк» существовал договор, согласно которому все споры между ними должны рассматриваться в Москве. Суд же проигнорировал этот договор.

Последнее дело выглядит особенно интересным в теоретическом аспекте, потому что в отношении него имеются два взаимоисключающих заключения ученых – профессора В. Пучинского, который доказывал, что дело по кредитному договору с АКБ «Залогбанк» должно было рассматриваться в Москве, и профессора М. Сарсенбаева, который поддержал решение суда. Причем профессор М. Сарсенбаев исходил как раз из факта признания заключенного контракта недействительным, вследствие чего должен быть признан недействительным и договор о выборе места рассмотрения споров<sup>1</sup>.

Выводы М. Сарсенбаева нельзя признать верными. Он широко использует ссылки на пункт 1 статьи 4 Соглашения между странами СНГ о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, подписанное в г. Киеве 20 марта 1992 г. (далее – Киевское соглашение), где определяется, суд какого государства вправе рассматривать споры. Однако М. Сарсенбаевым почему-то игнорируется пункт 2 статьи 4 того же Соглашения, который исключает применение пункта 1, поскольку гласит:

Компетентные суды государств – участников Содружества Независимых Государств рассматривают дела и в других случаях, если об этом имеется письменное соглашение сторон о передаче спора этому суду.

При наличии такого соглашения суд другого государства – участника Содружества прекращает производство дела по заявлению ответчика, если такое заявление сделано до принятия решения по делу.

Аналогичные нормы о договорной подсудности имелись и в ранее действовавшем ГПК Казахской ССР (ст. 120), а также в ГПК РК (ст. 149).

Прежде чем рассматривать дело по существу, суд должен решить все вопросы, связанные с подсудностью. Непонятно, как он может признать недействительным арбитражное решение или прогностическое соглашение, если еще не решил и не может решить вопрос о признании недействительным контракта в целом.

---

<sup>1</sup> Об этом деле см.: Комментарий проф. В. Пучинского // Начнем с понедельника. 1999 г., 20 янв.; см. также: *Кастюкевич С.* В Казахстане «ТВГ» проиграла // Новое поколение. 1999 г., 26 февр.



Таким образом, вопрос о признании недействительности арбитражного соглашения в случае признания недействительным основного контракта решается однозначно: недействительности арбитражного соглашения такое признание не влечет.

Сложнее обстоит дело с передачей права требования по договору (цессия). Влечет ли такая передача за собой и переход права по арбитражной оговорке? Или же в силу автономности последней для перехода этого права требуется самостоятельное соглашение?

В отличие от почти единодушного признания автономности арбитражного соглашения в случае недействительности основного контракта, вопрос об обязательности арбитражного соглашения при цессии вызывает противоречивые суждения в международной практике, хотя в целом просматривается тенденция в пользу признания такой обязательности<sup>1</sup>.

Подобный подход к переходу вместе с цессией и условия об арбитражном соглашении был продемонстрирован недавно президиумом Высшего арбитражного суда РФ в решении по конкретному делу<sup>2</sup>.

В то же время имеет хождение и другая точка зрения.

При разрешении одного из споров Внешнеторговая арбитражная комиссия (ВТАК) при Торгово-промышленной палате СССР пришла к заключению, что арбитражное соглашение вообще не может быть предметом цессии. Будучи автономным процессуальным договором, оно требует самостоятельного согласия цессионеров на подчинение той юрисдикции, которая была избрана сторонами в договоре (решение ВТАК от 9 июля 1984 г.). Это решение получило широкую известность и было опубликовано за рубежом.

Наша точка зрения на этот вопрос была высказана в комментарии к статье 341ГК РК и заключалась в том, что арбитражное соглашение относится к условиям осуществления передаваемых прав, кредитор же, безусловно, знал или должен был знать о наличии такой оговорки. Для того чтобы уменьшить объем передаваемых прав или изменить условия их осуществления, стороны должны специально оговорить это в договоре цессии<sup>3</sup>.

Развивая эту точку зрения, можно сказать, что арбитражное соглашение, действительно, является автономным соглашением. Однако есть принципиальное отличие между признанием контракта недействительным и цессией.

<sup>1</sup> См.: *Лебедев С.Н.* Международный коммерческий арбитраж: компетенция арбитра и соглашение сторон. М., 1988. С. 77.

<sup>2</sup> См.: *Экономика и жизнь.* 1998. №2. С. 21.

<sup>3</sup> См.: *Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть): Комментарий.* /Отв. ред. М.К. Сулейменов и Ю.Г. Басин. Алматы, 1998. Кн. 2. С. 258.

В первом случае такое признание никак не связано с волей сторон и основания признания контракта недействительным могут быть различными для разных соглашений. Если, например, основной контракт был признан недействительным вследствие нарушения законодательства (как это было в вышеприведенных случаях), это не значит, что арбитражное соглашение противоречит законодательству и должно быть признано недействительным.

При передаче прав по цессии – ситуация иная. Здесь кредитор в курсе всех прав, которые передаются. Он знает или должен знать обо всех пунктах контракта, в том числе и об арбитражной оговорке. Поэтому предполагается, что он дал согласие принять все права по договору, в том числе и связанные с арбитражной оговоркой. Проблема может возникнуть только при третьей записи, когда арбитражное соглашение содержится в отдельном соглашении. Но и в этом случае существует презумпция того, что кредитор знал или должен был знать об этом соглашении. В крайнем случае кредитор может доказывать в суде, что он не знал о наличии арбитражного соглашения, но – как общее правило – права по этому соглашению переходят при цессии вместе с другими правами.

Что же касается согласия должника на передачу прав по арбитражному соглашению другому кредитору, то здесь применяется общее правило ГК РК о том, что при уступке права требования не требуется согласия должника (п. 2 ст. 339).

Арбитражное соглашение (так же, как и пророгационное) – это гражданско-правовой договор, хотя он и касается процессуальных вопросов. Поэтому он подчинен общим положениям о договоре, содержащимся в ГК. В частности, в соответствии со статьями 273 и 404 ГК недопустим односторонний отказ от договора.

Но при уступке права требования нет одностороннего отказа от договора. Обязательства по контракту и арбитражному соглашению сохраняются в полном объеме, только меняется кредитор в соответствии с правилами о правопреемстве.

Лицо, не давшее согласия на рассмотрение дела в арбитражном суде, не может быть привлечено к участию в рассмотрении дела.

В деле по иску ТОО К. к АО А. об оплате стоимости поставленных нефтепродуктов ответчик объяснил, что акимат Акмолинской области выдал гарантийное обязательство об оплате и должен нести солидарную ответственность. Ответчик просил привлечь его к участию в деле. Арбитражный суд признал, что акимат должен нести ответственность, но не может быть привлечен в качестве ответчика. Договор гарантии – это отдельный договор, в котором нет арбитражной оговорки. Ответчик должен обратиться с иском к акимату Акмолинской области в суд общей юрисдикции.

### 63.2. МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВЫЕ ОСНОВЫ АРБИТРАЖНОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА

В сфере международного коммерческого арбитража принято сравнительно большое количество международных конвенций как универсального, так и регионального характера. Важнейшими из них являются:

- Нью-Йоркская конвенция 1958 г. о признании и приведению в исполнение иностранных арбитражных решений;
- Европейская конвенция 1966 г. о внешнеторговом арбитраже;
- Вашингтонская конвенция 1965 г. о разрешении инвестиционных споров между государствами и лицами иных государств;
- Межамериканская конвенция 1975 г. о международном коммерческом арбитраже и ряд других конвенций.

**Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже.** Эта Конвенция была разработана под эгидой Экономической комиссии ООН для Европы, принята в Женеве 21 апреля 1961 г. и вступила в силу 7 января 1964 г. В ней участвуют более 30 государств, в том числе и неевропейские государства. Казахстан присоединился к Конвенции Указом Президента РК от 4 октября 1995 г.

Конвенция включает преамбулу, 10 статей и приложение. Конвенция устанавливает ряд важных правил, определяющих, в частности, порядок формирования арбитража, рассмотрения дела, вынесения решения, а также условия и последствия признания арбитражного решения недействительным.

Конвенция применима как к арбитражам «ad hoc», так и к постоянным арбитражным органам. Обязательным условием применения Конвенции является наличие постоянного местожительства или соответственно местонахождения сторон в различных государствах (ст. I). Закрепляется возможность публично-правовых лиц обращаться к арбитражу (ст. II), право иностранных граждан быть арбитрами (ст. III). Установлен принцип неограниченной воли сторон по выбору применимого права. Если не имеется указаний сторон по подлежащему применению права, арбитры выбирают право в соответствии с коллизийной нормой, которую арбитры сочтут в данном случае применимой. Арбитры могут по договоренности между сторонами вынести решение в качестве дружественных посредников (ст. 7).

В Конвенции детально урегулирован порядок осуществления арбитражного процесса. Большое практическое значение имеют положения Конвенции по урегулированию осуществления процесса в арбитраже «ad hoc». Значительными функциями наделяются Председатель компетентной торговой палаты места арбитража, согласованного сторонами, либо места страны ответчика, либо специальный комитет, состав и характер деятельности которого определены в приложении к Конвенции (п. 3 ст. II).

Председатель или Специальный комитет, которому направлена просьба, может:

а) назначить единоличного арбитра, если это было согласовано сторонами, арбитра-председателя, суперарбитра или третьего арбитра;

в) произвести замещение арбитра (или арбитров), назначенных с нарушением порядка, установленного Конвенцией в п. 2 ст. IV;

с) устанавливать местонахождение арбитражного суда, причем решением арбитров может быть избрано другое место арбитража;

д) устанавливать либо непосредственно, либо путем ссылки на Регламент какого-либо постоянного арбитражного органа правила процедуры, которых должны придерживаться арбитры, если последние за отсутствием договоренности между сторонами сами не установили правил своей процедуры (п. 4 ст. IV).

Конвенция устанавливает четкие основы взаимоотношений между арбитражем и государственным судом. Сторона арбитражного соглашения вправе заявить в государственном суде отвод государственного суда по неподсудности, основанный на наличии арбитражного соглашения. Государственные суды могут при необходимости рассмотреть вопрос о наличии или действительности арбитражного соглашения. В частности, суд, в котором возбуждено дело, может не признать арбитражное соглашение, если по закону его страны спор не может быть предметом арбитражного разбирательства. Устанавливаются правила выбора права, по которым должен этот вопрос решаться, и последствия исправления одной из сторон временных мер их предварительного обеспечения в государственном суде (ст. VI).

Несмотря на то, что положения Конвенции создают гарантии осуществления арбитражного разбирательства в соответствии с общепризнанными мировыми стандартами, Конвенция не получила широкого распространения и даже в Европе она не является общеприменимой (например, к ней не присоединились Великобритания и Швейцария).

### **63.3. АРБИТРАЖНОЕ РАССМОТРЕНИЕ ИНВЕСТИЦИОННЫХ СПОРОВ**

**Понятие инвестиционного спора в законодательстве Казахстана.** В соответствии со статьей 28 Закона об иностранных инвестициях 1990 г.: «Споры юридического лица с иностранным участием с государственными органами Казахской ССР, с организациями, являющимися юридическими лицами Казахской ССР, а также споры между участниками юридических лиц с иностранным участием подлежат рассмотрению в органах Государственного арбитража, в судах Казахской ССР, ибо доверенности сторон

в Третейском суде, в соответствии с законодательством Казахской ССР».

Законом от 16 июля 1997 года в ст. 1 Закона об иностранных инвестициях 1994 г. было включено понятие инвестиционного спора (которое, я считаю было правильным):

«Инвестиционный спор» – любой спор между иностранным инвестором и Республикой Казахстан в лице уполномоченных государственных органов, возникающий в связи с иностранными инвестициями, в том числе спор, связанный с:

- действиями уполномоченных государственных органов, нарушающих права и интересы иностранных инвесторов, предусмотренные настоящим Законом, иным законодательством Республики Казахстан или применимым правом;

- действиями иностранных инвесторов, нарушающих законодательство Республики Казахстан в области иностранных инвестиций и инвестиционной деятельности;

- любым соглашением между Республикой Казахстан и иностранным инвестором;

- осуществлением иностранных инвестиций».

- Однако в Законе об инвестициях появляется новое и необоснованно ограниченное понятие инвестиционного спора:

«Инвестиционный спор – спор, вытекающий из договорных обязательств между инвесторами и государственными органами в связи с инвестиционной деятельностью инвестора» (подпункт 5) ст. 1). Это положение, идущее вразрез с международными понятиями, было без критического анализа перенесено в Предпринимательский кодекс РК от 29 октября 2015 г. №375-V (п. 1 ст. 296 ПК).

Между тем инвестиционный спор во всех международных договорах определяется как спор инвестора с государством по всем вопросам, связанным с инвестициями, не только вытекающим из договорных отношений (Вашингтонская Конвенция ICSID, Двусторонние инвестиционные соглашения Казахстана с другими странами (ДИС или ВIT), Договор к Энергетической Хартии и др.).

Серьезным недостатком определения инвестиционного спора я считаю исключение из этого понятия внедоговорных споров, возникающих по поводу инвестиций между инвестором и государством (уполномоченным государственным органом). Такого рода споры были отнесены к инвестиционным Законом об иностранных инвестициях. Данная норма содержится в Вашингтонской конвенции от 18 марта 1965 г. и многих двусторонних международных договорах, ратифицированных Республикой Казахстан. Такие договоры в силу статьи 4 Конституции Республики Казахстан имеют приоритет перед нормами казахстанского законодательства.

В Законе об инвестициях (ст. 9), а затем и в ПК был резко изменен порядок разрешения инвестиционных споров, предусмотрен-

ной статьей 27 Закона об иностранных инвестициях. Указанная статья, во-первых, использовала более широкое понятие инвестиционных споров; во-вторых, допускала разрешение всех инвестиционных споров в арбитражных органах; в-третьих, предоставляла инвестору приоритет при выборе органа, разрешающего спор.

Нельзя при этом не учитывать, что эти правила соответствуют Договору к Энергетической Хартии от 17 декабря 1994 г. и многим двусторонним международным договорам, ратифицированным Республикой Казахстан.

**Вашингтонская конвенция о разрешении инвестиционных споров между государствами и лицами других государств.** Разработана под эгидой Международного банка реконструкции и развития, открыта для подписания 18 марта 1965 г., вступила в силу 14 октября 1966 г., участвуют более 150 государств (ее обычно называют Вашингтонской конвенцией или Конвенцией ICSID).

С присоединением Казахстана к этой Конвенции происходили какие-то странные вещи. Все началось с Закона РК от 26 июня 1992 г. «О членстве РК в Международном валютном фонде (МВФ), Международном банке реконструкции и развития (МБРР), Международной финансовой корпорации (МФК), Международной ассоциации развития (МАР), Многостороннем агентстве по гарантиям инвестиций (МАГИ) и Международном центре по урегулированию инвестиционных споров». Этим Законом Президент РК был уполномочен принять членство РК в этих организациях.

Конвенция ICSID была подписана Казахстаном 23 июля 1992 г., но дальше идет непонятный провал. В то время мы пытались выяснить в компетентных органах, присоединился ли Казахстан к Конвенции ICSID, но смогли узнать только в самом ICSID, что не присоединился. Наконец, 21 сентября 2000 г. прошла процедура ратификации, и 21 октября 2000 г. Конвенция вступила в силу для Казахстана.

Но на этом злключения не закончились. Конвенция ICSID была опубликована в Бюллетене международных договоров Республики Казахстан, 2004, №11, который является официальным изданием в качестве приложения к «Собранию актов Президента Республики Казахстан и Правительства Республики Казахстан». И в этом издании указано, что Конвенция вступила в силу для Казахстана 20 июля 2004 г. То есть мы имеем две официальные даты вступления в силу Конвенции ICSID.

Я предлагаю руководствоваться официальными документами ICSID, где указана дата 21 октября 2000 г. Вторую дату я склонен отнести к ошибке наших чиновников.

В соответствии с Конвенцией создан Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС) или International Centre of Settlement of Investment Dispute (ICSID) (ст. 1 Кон-

венции). Центр находится при штаб-квартире Международного банка реконструкции и развития (ст. 2). Центр включает в себя Административный совет и Секретариат (ст. 3). В Административный совет входит по одному представителю от каждого государства (ст. 4). Президент Банка является *ex officio* Председателем Административного Совета, но не обладает правом голоса (ст. 5). Секретариат состоит из генерального секретаря, одного или нескольких заместителей и персонала (ст. 9). Генеральный секретарь является юридическим представителем и главным должностным лицом Центра и осуществляет управление им (ст. 11).

Центром ведется список примирителей и список арбитров. Каждое государство может назначить в каждый список по четыре человека (ст. 13).

Юрисдикция Центра распространяется на все связанные непосредственно с инвестициями правовые споры между государством (или любым подразделением или учреждением государства, указанным Центру этим государством) и физическим или юридическим лицом другого государства, которые стороны в письменной форме согласились передать Центру (ст. 25).

Из определения юрисдикции Центра вытекает три критерия этой юрисдикции:

1) наличие соглашения в письменной форме о передаче спора в ICSID;

2) разрешаются только споры, непосредственно связанные с инвестициями;

3) разрешаются только споры между государством-участником Конвенции и физическими или юридическими лицами другого государства-участника Конвенции.

В Конвенции детально описывается порядок осуществления примирительных и арбитражных процедур.

Любая из сторон может просить о пересмотре арбитражного решения, если обнаружится существенный факт, не известный суду и заявителю (ст. 51), и об отмене решения по одной или нескольким из нижеследующих причин:

а) суд был сформирован ненадлежащим образом;

б) суд явно превысил свои полномочия;

с) имела место коррупция какого-либо члена суда;

д) имело место серьезное отступление от какого-либо существенного правила процедуры;

е) в арбитражном решении не изложены соображения, на которых оно основано (ст. 52).

За исключением этих положений арбитражное решение является обязательным для сторон и не подлежит никакому обжалованию или иному исправлению (ст. 53). Каждое государство – участник Конвенции должно признавать арбитражное соглашение, вынесен-

ное согласно настоящей Конвенции в качестве обязательного и выполнять финансовые обязательства, предусмотренные этим решением, в пределах своей территории, как если бы это было окончательным решением суда государства (ст. 54).

Чтобы расширить юрисдикцию Центра, в 1978 г. им были приняты Правила о дополнительных средствах механизма разрешения спора и процедуры по установлению фактов. Эти Правила делают возможным или арбитражное рассмотрение, или применение примирительной процедуры для непредусмотренных Конвенцией споров между государствами и иностранными инвесторами, в частности споров с участием стороны, не являющейся или не относящейся к государству, подписавшему Вашингтонскую конвенцию, или споров, непосредственно не связанных с инвестициями.

Вопросы арбитражного разбирательства рассматриваются в ряде международных договоров, посвященных иным проблемам, в частности, в инвестиционных договорах.

В **Договоре к Энергетической Хартии** от 17 декабря 1994 г. ст. 26 посвящена разрешению споров между инвестором и государством – участником Договора.

Если в течение трех месяцев с даты просьбы любой из сторон о мирном разрешении сторонам не удастся разрешить спор мирным путем, то спор по выбору инвестора может передаваться или в суды государства, являющегося стороной в споре, или в соответствии с любой применимой ранее согласованной процедурой рассмотрения споров, или в один из арбитражных органов, названный в ст. 26 Договора (Международный центр по разрешению инвестиционных споров (ICSID), Дополнительный орган по осуществлению процедур Секретариатом ICSID, арбитражный суд *ad hoc*, учреждаемый в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ, на арбитражное рассмотрение при Арбитражном институте Торговой палаты в Стокгольме).

Международно-правовой анализ соответствующих положений ДЭХ свидетельствует о том, что этот многосторонний договор юридически закрепил новый способ установления прямого арбитража для частных инвесторов, независимо от положений конкретного арбитражного соглашения. Инвесторы, и только они, а не государства, могут выбрать национальные суды, предварительно согласованную процедуру регулирования споров или арбитраж по правилам ИКСИД, ЮНСИТРАЛ или Стокгольмской торговой палаты.

Эта международно-арбитражная концепция имеет свои проблемы, поскольку она фактически подменяет арбитражную юрисдикцию, обязательную для принимающего государства и необязательную для инвестора, в отношении любого механизма урегулирова-



ния, который стороны согласовали или могли бы согласовать между собой<sup>1</sup>. Иногда утверждается, что такой механизм предназначен для обеспечения дополнительной защиты мелких компаний, которые не обладают мощной переговорной позицией и знаниями для ведения переговоров по созданию эффективного арбитражного механизма самостоятельно.

Новая арбитражная юрисдикция, введенная в правоприменительную практику ДЭХ, фактически дает возможность инвестору вести переговоры непосредственно с правительством, что само по себе выступает одной из конкретных форм урегулирования споров, и впоследствии выбрать, когда спор возникнет, международный арбитраж в соответствии со ст. 26 (4). За исключением стран, перечисленных в приложении ID, инвесторы могут выбирать в момент возникновения спора соответствующую судебную инстанцию для такого разбирательства, сначала они могут попробовать национальные суды и, если эти попытки окажутся безуспешными, перейти к международному арбитражу. Таким образом, ст. 26 устанавливает процедуру суперапелляции против национальных судов или договорного арбитража<sup>2</sup>.

Аналогичные правила закреплены в двусторонних договорах о поощрении и взаимной поддержке инвестиций. Например, в ст. VI Договора между РК и США о поощрении и взаимной защите капиталовложений от 19 мая 1992 года содержатся те же примерно положения, что и в Договоре к Энергетической Хартии, только срок для мирных переговоров увеличен до 6 месяцев и нет ограничения в арбитражных органах, куда стороны могут обратиться. Но главное, на что я хочу обратить особое внимание, это то, что во всех инвестиционных конвенциях закрепляется правило о необходимости согласия инвестора на выбор того или арбитражного органа.

**Понятие и классификация инвестиционного спора.** Таким образом, под инвестиционными спорами понимаются споры между инвестором и государством, в котором он осуществляет или пытается осуществить инвестиции.

В соответствии со ст. 25 Вашингтонской конвенции 1965 г. «Об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств» к категории инвестиционных споров относятся споры, возникающие в связи с прямыми иностранными инвестициями между договарива-

<sup>1</sup> См.: *Вальде Т.В.* Международные инвестиции в соответствии с Договором к Энергетической Хартии 1994 года // Договор к Энергетической Хартии: путь к инвестициям и торговле для Востока и Запада / Ред. рус. изд. А.А. Конопляник. М.: Международные отношения, 2002. С. 258.

<sup>2</sup> См.: *Фархутдинов И.З.* Международное инвестиционное право и процесс: Учебник. М.: Проспект, 2010. С. 338.

ющимся государством и лицами других договаривающихся государств, а именно:

а) инвестиционные споры, которые вытекают из отношений, связанных с иностранными инвестициями;

б) споры, возникающие между договаривающимся государством и иностранным частным инвестором;

в) правовые споры, касающиеся сущности и объема, юридических прав и обязанностей сторон, условий и размеров компенсации за нарушение обязательств по данному инвестиционному контракту.

То есть в Вашингтонской Конвенции ICSID дано очень широкое понятие инвестиционного спора. В нашем ЛК дается узкое понятие, в соответствии с которым к инвестиционным спорам относятся только споры, вытекающие из договорных отношений инвестора с государством (например, соглашения о разделе продукции (СРП) или продакшн шерринг) или концессионные соглашения и т.п.).

Все остальные споры инвестора (с другими юридическими лицами и гражданами, даже связанные с инвестициями) не являются инвестиционными и разрешаются в соответствии с законодательством РК (п. 4 ст. 296 ПК).

В доктрине выдвигаются самые различные классификации инвестиционных споров. Например, по характеру требования инвестиционные споры можно разделить:

- на частноправовые;
- публично-правовые;
- смешанные.

Споры о возмещении убытков, о взыскании неустойки, о внесении изменений в инвестиционное соглашение носят характер частноправовых. Примером публично-правовых споров являются споры о соблюдении принципов экспроприации, о соблюдении принципов выплаты компенсации, установленных в международных договорах – межправительственных соглашениях о поощрении и взаимной защите капиталовложений, о предоставлении режима наиболее благоприятствуемой нации. Как правило, инвестиционные споры имеют смешанный характер, когда инвестор одновременно предъявляет требования публично-правового и частноправового характера.

По основанию возникновения инвестиционные споры можно разделить на две группы.

– К первой группе относятся споры, связанные с односторонними суверенными актами государства по вмешательству в инвестиционную деятельность – изменение условий осуществления инвестиционной деятельности через изменения в законодательстве принимающего государства, экспроприация инвестиций или меры, по-

добные ей; иные действия государственных органов и должностных лиц, ущемляющие права инвесторов; предоставление фискальных льгот привилегий. В данной категории споров государство в первую очередь выступает как суверен, и доминирует таким образом, публично-правовой аспект отношений принимающего государства и иностранного инвестора. Для рассматриваемой категории споров будут характерны два вида требований. Это требования об установлении юридического факта (например, подтверждение факта ухудшения условий осуществления инвестиционной деятельности) и требования о выплате компенсации.

– Вторую группу образуют споры, связанные с инвестиционным соглашением (преддоговорные споры, толкование условий инвестиционного соглашения, неисполнение или ненадлежащее исполнение стороной обязательств по инвестиционному соглашению, изменение инвестиционного соглашения, прекращение инвестиционного соглашения). В данной категории споров на первый план выходят частноправовые правоотношения принимающего государства и иностранного инвестора и соответственно роль государства как стороны договора.

По критерию предмета спора инвестиционные споры можно разделить на три категории:

- споры, связанные с допуском инвестора к осуществлению инвестиционной деятельности;
- споры, связанные с реализацией инвестиционного проекта, то есть возникающие непосредственно при осуществлении инвестиционной деятельности;
- споры, связанные с прекращением инвестиционной деятельности.

Именно в этих трех категориях инвестиционных споров наиболее наглядно проявляется их специфика<sup>1</sup>.

#### 63.4. ПРИЗНАНИЕ И ИСПОЛНЕНИЕ ИНОСТРАННЫХ АРБИТРАЖНЫХ РЕШЕНИЙ

**Международные конвенции о признании и исполнении иностранных арбитражных решений.** Основу международной системы признания и принудительного исполнения иностранных арбитражных решений, несомненно, составляет **Нью-Йоркская конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г.** Нормы о признании и исполнении иностранных арбитражных решений есть и в других международных договорах: Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже 1961 г., Межамериканской конвенции о международном ком-

<sup>1</sup> См.: *Крупко С.И.* Инвестиционные споры между государством и иностранным инвестором: Учебно-практическое пособие. М.: Изд. БЕК, 2002. С. 19-20.

мерческом арбитраже 1975 г., Арабской конвенции о международном коммерческом арбитраже 1987 г.

На конференции ООН по международному торговому арбитражу 10 июня 1958 г. была подписана многосторонняя Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йоркская конвенция). Сферой применения Конвенции являются признание и приведение в исполнение арбитражных решений, вынесенных на территории государства иного, чем то государство, где испрашиваются признание и приведение в исполнение таких решений, по спорам, сторонами в которых могут быть как физические, так и юридические лица. Конвенция применяется также к арбитражным решениям, которые не считаются внутренними решениями в том государстве, где испрашивается их признание и приведение в исполнение (так, в ФРГ не считаются внутренними решения, вынесенные на ее территории с соблюдением процессуальных норм иностранного государства).

В соответствии с Нью-Йоркской конвенцией участвующие в ней государства приняли на себя обязательства:

– признавать письменное соглашение, по которому стороны обязуются передавать в арбитраж все или какие –либо споры, возникающие или могущие возникнуть между ними в связи с конкретным договорным или иным правоотношением. Соответственно суд государства – участника Конвенции, если к нему поступает иск по вопросу, по которому стороны заключили соглашение, должен по просьбе одной из сторон направить стороны в арбитраж, если не найдет, что упомянутое соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено;

– признавать арбитражные решения как обязательные и приводить их в исполнение в соответствии с процессуальными нормами той территории, где испрашивается признание и приведение в исполнение этих решений, на условиях, изложенных в Конвенции.

Особенность Конвенции – ее территориальная сфера действия шире формального круга государств-участников. Фактически создана возможность исполнения арбитражных решений, вынесенных на территории любого государства мира. В Конвенции содержатся нормы, касающиеся исполнения арбитражных решений, вынесенных в государствах, не участвующих в Конвенции. Арбитражные решения подлежат исполнению независимо от того, является ли государство, на территории которого решение вынесено, участником Конвенции, если признание и исполнение испрашивается на территории государства-участника.

В Нью-Йоркской конвенции 1958 г. единообразно установлен перечень оснований, при наличии которых в признании и исполне-

нии компетентные власти государства – участника Конвенции вправе отказать. Данные основания распределены по двум группам. Первую составляют факторы, на которые вправе ссылаться сторона, против которой решение направлено:

а) стороны в соглашении, указанном в ст. II, были по применимому к закону в какой-либо мере недееспособны, или это соглашение недействительно по закону, которому стороны его подчинили, а при отсутствии такого указания – по закону страны, где решение было вынесено, или

б) сторона, против которой вынесено решение, не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве или по другим причинам не могла представить свои объяснения, или

с) указанное решение вынесено по спору, не предусмотренному или не подпадающему под условия арбитражного соглашения или арбитражной оговорки в договоре, ибо содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения или арбитражной оговорки в договоре, с тем, однако, условием, 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 постановления по вопросам, охватываемым арбитражным соглашением или арбитражной оговоркой в договоре, может быть признана и приведена в исполнение, 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, или

е) решение еще не стало окончательным для сторон или было отменено или приостановлено исполнением компетентной властью страны, где оно было вынесено, или страны, закон которой применяется.

Вторую группу оснований составляют два важных обстоятельства, которые должны быть установлены судом *ex officio*, то есть в силу служебного долга самостоятельно, без какого бы то ни было обоснования их заинтересованной стороной. К ним относятся следующие:

а) объект спора не может быть предметом арбитражного разбирательства по законам этой страны, или

б) признание и приведение в исполнение этого решения противоречат публичному порядку этой страны (ст. V).

Вопросы признания и исполнения решений иностранных судов регулируются международными многосторонними договорами, участником которых является Казахстан: Кишиневской конвенции-

ей<sup>1</sup>, Киевским соглашением<sup>2</sup>, Московским соглашением<sup>3</sup>. Перечисленные договоры предусматривают взаимное признание и исполнение судов государств, расположенных на территории постсоветского пространства: России, Беларуси, Кыргызстана, Азербайджана, Армении, Молдовы, Таджикистана, Узбекистана, Туркменистана, Украины и Грузии.

Интересен вопрос, как решается вопрос об исполнении арбитражных и судебных решений в **двусторонних Конвенциях о взаимном поощрении и защите инвестиций** (далее – Конвенции), участником которых является Казахстан?<sup>4</sup>

Во всех Конвенциях предусматривается порядок разрешения споров между государством и инвестором (причем, как правило, один из арбитражных органов обязательно ICSID). Но, к сожалению, во многих из них ничего не говорится о принудительном исполнении арбитражных решений (например, с Индией, Узбекистаном, Нидерландами, Францией, Чехией, Кыргызской Республикой, Грузией, Азербайджаном, Малазией, Кореей, Ираном, Израилем, Великобританией, Венгрией, Монголией, Украиной).

В ряде Конвенций закреплена стандартная формула: «Арбитражное решение должно быть окончательным и обязательным для обеих сторон спора. Обе стороны должны обеспечить принудительное исполнение решения» (с Латвией, Кувейтом, Таджикистаном, Словакией, Польшей, США).

Другие Конвенции содержат более определенную позицию. Уточняется, что Договаривающая Сторона должна привести арбитражное решение в исполнение в соответствии со своим законодательством (с Россией, Болгарией, Турцией, Вьетнамом, Катаром, Пакистаном, Швейцарией, Египтом, Китаем, Испанией, Германией).

Такая же формула закреплена в Соглашении о поощрении и взаимной защите инвестиций в государствах-членах Евразийского экономического сообщества от 12 декабря 2008 г. (Беларусь, Казахстан, Кыргызская Республика, Россия, Таджикистан).

В некоторых Конвенциях к этому добавляется, что решение должно быть приведено в исполнение в соответствии с национальным законодательством Стороны, на территории которой решение исполняется компетентным органом Стороны с даты, указанной в решении (например, с Филиппинами, Канадой, Финляндией, Иорданией, Хорватией).

<sup>1</sup> Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам (Кишинев, 7 октября 2002 г.).

<sup>2</sup> Соглашение о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности (Киев, 20 марта 1992 г.).

<sup>3</sup> Соглашение о порядке взаимного исполнения решений арбитражных, хозяйственных и экономических судов на территориях государств – участников Содружества (Москва, 6 марта 1998 г.).

<sup>4</sup> Казахстан участвует более чем в 50 Конвенциях.

Более подробное положение содержится в Конвенции, заключенной Казахстаном со Швейцарией:

«Решение арбитражного суда имеет для сторон обязательную силу, обжалованию не подлежит и быть решением иным, чем те, которые предусмотрены Вашингтонской Конвенцией, не может. Приведение решения суда в исполнение производится по законодательству, регулиющему исполнение суда той страны, где решение должно быть выполнено».

В Конвенции, заключенной со Швейцарией, содержится интересное положение:

«Стороны не привлекают к решению спора дипломатические каналы, за исключением случаев, когда другая сторона не выполняет или неправильно выполняет решение арбитражного суда».

Таким образом, не во всех Конвенциях закрепляется обязанность государства исполнять решение арбитража по инвестиционному спору. Но в принципе это не меняет ситуацию. К инвестиционным спорам применяются общие положения Нью-Йоркской конвенции, в частности, ст. III: «Каждое Договаривающее Государство признает арбитражные решения как обязательные и приводит их в исполнение в соответствии с процессуальными нормами той территории, где испрашивается признание и приведение в исполнение этих решений...».

Государство через нормы международных договоров – двусторонние Конвенции и Нью-Йоркскую конвенцию – принимает на себя публично-правовое обязательство по признанию и исполнению вынесенного арбитражного решения. Неисполнение принимающим государством решения иностранного арбитражного суда провоцирует возникновение межгосударственного спора в связи с нарушением нормы международного публичного права<sup>1</sup>.

Кроме того, в ряде Конвенций закрепляется следующее положение:

«Сторона, которая является Стороной в споре, не должна никогда ни при каких условиях в течение процедур, затрагивающих инвестиционные споры, утверждать как защиту ее неприкосновенности тот факт, что инвестор получил компенсацию согласно страховому контракту, покрывающую весь понесенный ущерб или потери либо их часть (например, с Румынией, Арменией, Пакистаном, Грецией, Болгарией, Израилем, Монголией, Польшей, Литвой, Германией, США).

Очень важное положение содержится в Соглашении между государством Кувейт и РК о поощрении и взаимной защите инвестиций от 31 августа 1997 г.:

«В ходе любого разбирательства, судебного, арбитражного либо

<sup>1</sup> См.: *Крупко С.И.* Инвестиционные споры между государством и иностранным инвестором. М.: Изд. БЕК, 2002. С. 150-151.

иною или при принудительном исполнении любого решения или определения относительно инвестиционного спора между Договаривающимся Государством и инвестором другого Договаривающегося Государства, Договаривающееся Государство не использует в качестве защиты свою суверенную неприкосновенность».

**Порядок исполнения иностранных и арбитражных решений в Казахстане.** В соответствии со ст. III Нью-Йоркской конвенции «каждое Договаривающееся Государство признает арбитражные решения как обязательные и приводит их в исполнение в соответствии с процессуальными нормами той территории, где испрашивается исполнение этих решений, на условиях, изложенных в нижеприведенных статьях».

В п. 3 ст. 54 Конвенции ICSID закреплено, что «порядок исполнения арбитражного решения определяется законами об исполнении судебных решений, действующими в государстве, на территории которого такое исполнение испрашивается».

В соответствии с п.п. 1 и 2 ст. 501 ГПК решения, постановления и определения об утверждении мировых соглашений, судебные приказы иностранных судов, а также арбитражные решения иностранных арбитражей признаются и приводятся в исполнение судами Республики Казахстан, если признание и приведение в исполнение таких актов предусмотрены законодательством и (или) международным договором, ратифицированным Республикой Казахстан, либо на основе взаимности. Условия и порядок признания и исполнения актов, указанных в части первой настоящей статьи, определяются законом, если международным договором, ратифицированным Республикой Казахстан, не установлено иное. Порядок же принудительного исполнения арбитражного решения, выдача исполнительного листа и основания к отказу в его выдаче устанавливаются статьей 503 ГПК РК.

Статья 5 Закона РК от 2 апреля 2010 г. «Об исполнительном производстве и статусе судебных исполнителей» устанавливает, что порядок исполнения в РК решений международных и иностранных судов, а также арбитражей определяется соответствующими международными договорами, ратифицированными Республикой Казахстан, и настоящим Законом.

Глава 7 Закона РК «Об арбитраже» также регулирует порядок признания и приведения в исполнение в РК арбитражных решений, а также основания отказа в таком признании и исполнении.

Кроме того, необходимо отметить положения Нормативного постановления Верховного суда РК «О судебном решении»<sup>1</sup>, в котором указывается, что решения иностранных судов, согласно ст. 501 ГПК, могут быть предъявлены к принудительному исполнению РК в течение трех лет с момента вступления решения в законную силу,

<sup>1</sup> Бюллетень Верховного суда Республики Казахстан. 2003. №8. С. 29.



если это предусмотрено законом или международным договором РК. Приведение в исполнение такого решения производится по ходатайству заинтересованной стороны определением суда РК в соответствии с правилами о подсудности, определенной ГПК по месту исполнения решения.

Из главы 3 ГПК РК, устанавливающей правила подсудности, следует, что такие ходатайства подлежат рассмотрению районными и приравненными к ним судами. Если же одной из сторон является международная или иностранная организация, то ходатайство подлежит рассмотрению в областном (приравненном к нему) суде.

Суд, рассматривающий ходатайство о признании и разрешении принудительного исполнения решения, ограничивается установлением обстоятельств, при которых возможно принудительное исполнение решения (п. 30 нормативного постановления Верховного суда РК от 11 июля 2003 г. «О судебном решении»).

Рассмотрение ходатайства о разрешении принудительного исполнения иностранного судебного решения производится в открытом судебном заседании с извещением должника о времени и месте рассмотрения ходатайства.

Действия по принудительному исполнению решения иностранного суда производятся судебным исполнителем в соответствии с национальным законодательством об исполнительном производстве.

Суд вправе отказать в принудительном исполнении решения суда при представлении другой стороной, в отношении которой испрашивается разрешение на принудительное исполнение решения суда, доказательств:

- разрешения спора некомпетентным судом;
- рассмотрения дела в отсутствие стороны, не извещенной о процессе;
- истечения трехгодичного срока давности предъявления решения к принудительному исполнению;
- наличия ранее вступившего в законную силу решения между теми же сторонами, о том же предмете и по тому же основанию (п. 30 Нормативного постановления Верховного Суда РК «О судебном решении»).

Признание и исполнение решений иностранных арбитражей на территории Казахстана осуществляются в соответствии с Нью-Йоркской конвенцией о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 года.

Согласно ст. 4 Нью-Йоркской конвенции сторона, испрашивающая признание и приведение в исполнение решения арбитража, при подаче такой просьбы представляет:

- а) должным образом заверенное подлинное арбитражное решение или должным образом заверенную копию такового;

б) подлинное соглашение, упомянутое в ст. 2, или должным образом заверенную копию такового.

Если арбитражное решение или соглашение изложены 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.

Заявление о принудительном исполнении арбитражного решения (выдаче исполнительного листа) может быть подано не позднее трех лет со дня окончания срока для добровольного исполнения, однако срок, пропущенный по уважительной причине, суд вправе восстановить (ч. 3 и 5 ст. 503 ГПК).

Согласно ГПК РК такое заявление рассматривается судьей единолично в течение пятнадцати дней со дня поступления заявления в суд. О поступившем заявлении суд уведомляет должника. Уведомляются взыскатель и должник о месте и времени его рассмотрения в судебном заседании. Неявка должника или взыскателя в судебное заседание не является препятствием к рассмотрению заявления, если от должника не поступило ходатайство об отложении рассмотрения заявления с указанием уважительных причин невозможности явиться в судебное заседание. При рассмотрении заявления о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения арбитража суд не вправе пересматривать решение арбитража по существу (п.п. 6-8 ст. 503).

Суды РК в целом понимают и признают Нью-Йоркскую конвенцию и в случае отказа в исполнении иностранного арбитражного решения пытаются обосновать этот отказ ссылками на Нью-Йоркскую конвенцию.

Например, определением Восточно-Казахстанского областного суда от 2 декабря 2004 г. было принято к принудительному исполнению решение Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации. Коллегия по гражданским делам Верховного Суда РК от 27 января 2005 г. №3а-13-05 отменила это определение, отметив при этом следующее:

Как видно из материалов дела, представители ответчика участия в рассмотрении Международным коммерческим арбитражным судом дела не принимали.

По пояснениям представителей ответчика это произошло из-за того, что они не получили каких-либо письменных сообщений о дне и месте рассмотрения дела. Кроме того, им не была вручена копия искового заявления. В связи с этим нарушены их права на защиту и они не имели возможности дать объяснения по сути спора.

При рассмотрении дела о признании и принудительном исполнении решения суд принял во внимание представленные истцом документы, которые, по его мнению, свидетельствуют о надлежащем извещении ЗАО «Семей СУ» о дне и месте рассмотрения дела. Однако в доставочных карточках службы доставки указаны фамилии лиц, получивших корреспонденцию, которые по данным ответчика в штате на тот момент не значились. Судом вышеуказанные лица в судебное заседание не вызывались и по вопросу получения вышеуказанных документов и передаче их руководству ответчика не допрашивались.

При таких обстоятельствах коллегия считает, что определение судом вынесено на непроверенных данных и в соответствии с требованиями ст. 5 Конвенции «О признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений» (Нью-Йорк, 10.06.58 г.), где одним из оснований отказа в признании и приведении в исполнение арбитражного решения иностранного государства является ненадлежащее уведомление одной из сторон, а также в соответствии со ст. 425 ГПК и п. 30 Нормативного постановления Верховного Суда Республики Казахстан №5 от 11.07.03 г., является основанием для его отмены и направления дела на новое рассмотрение.

### 64.1. НЕМНОГО ИСТОРИИ

Арбитраж в Казахстане прошел долгий и сложный путь развития. В истории развития законодательства об арбитраже в Казахстане до сегодняшнего дня можно выделить четыре этапа:

#### **1) Начальный этап (1993-1999 гг.)**

Арбитраж в Казахстане, в отличие от России, имеет не очень большую историю. 5 октября 1993 г. была создана Арбитражная комиссия при Торгово-промышленной палате Республики Казахстан. Тогда же был создан Международный третейский суд при Юридическом центре «IUS» (1992 г.).

В то время в Казахстане действовало Типовое положение о третейском суде, утвержденное постановлением Кабинета Министров РК от 4 мая 1993 г. №356.

В те годы третейское разбирательство медленно, но неуклонно развивалось, проблемы если и возникали, то не самые острые. Одной из таких проблем были взаимоотношения с Генеральной прокуратурой, которая пыталась опротестовать решения третейских судов по существу<sup>1</sup>.

#### **2) Второй этап. Принятие Гражданского процессуального кодекса (1999-2004 гг.)**

Положение резко изменилось с принятием 1 июля 1999 г. Гражданского процессуального кодекса. Незадолго до этого были ликвидированы государственные арбитражные суды, и положения нового ГПК стали распространяться на экономические споры между юридическими лицами. С принятием ГПК был отменен Закон о порядке разрешения хозяйственных споров 1993 года. Это было вполне логично, однако утратила силу и ст. 134 этого Закона, предусматривающая принудительное исполнение арбитражными судами решений третейских судов. В то же время в ГПК подобная норма не была включена.

Между тем принудительное исполнение решений третейского суда государственными судами является краеугольным камнем эффективности третейского разбирательства.

---

<sup>1</sup> Подробнее см.: *Басин Ю., Сулейменов М.* Прокуратура и арбитражный (третейский) суд // Предприниматель и право. 2001. №8; *Сулейменов М.К.* Арбитражные (третейские) суды в Казахстане: прошлое, настоящее, будущее. Алматы: КМА, НИИ частного права, 2007. С. 39-42.

После принятия ГПК судебная практика пошла вразнос. Чтобы исправить ситуацию, Верховный Суд принял Нормативное постановление №14 от 19 октября 2001 г., которым обязал суды выносить определения о принудительном исполнении решений третейских судов. Однако против этого постановления единым фронтом выступили Генеральная прокуратура и Министерство юстиции при открытой поддержке Правительства РК. После такого мощного давления Верховный Суд вынужден был приостановить действие своего нормативного постановления.

Свою лепту внес и Конституционный совет РК, приняв постановление от 15 февраля 2002 г. №1 «Об официальном толковании пункта 2 статьи 13 и пункта 1 статьи 75 Конституции Республики Казахстан». Единственная фраза в этом постановлении, которая спасала положение – «в порядке, установленном законодательством». В ГПК пока сохраняется положение об обязанности суда оставить заявление без рассмотрения, если между сторонами заключено арбитражное соглашение (подп. 5) ст. 279 ГПК).

Начался период тайного и явного уничтожения арбитражных судов. Профессор М.К. Сулейменов с профессором Ю.Г. Басиным возглавили борьбу всех юристов Казахстана за сохранение третейских судов в Казахстане и за скорейшее принятие закона об арбитражном разбирательстве. Борьба шла с переменным успехом. В частности, существовало распоряжение Вице-премьера РК о поручении Министерству юстиции разработать проект закона о третейских судах, исключив из него норму о принудительном исполнении решений третейских судов. Отметим, что значительную поддержку в сохранении третейских судов нам оказывало международное арбитражное сообщество, в том числе и российские ученые. В феврале 2003 г. НИИ частного права совместно с Германским обществом по техническому сотрудничеству (GTZ) провел в г. Астане международную научно-практическую конференцию «Третейский суд в Казахстане: проблемы правового регулирования» с приглашением на нее депутатов и правительственных чиновников. На конференции с докладами выступили Рольф Книпер (проф. Бременского университета), Рено Сорель (секретариат ЮНСИТРАЛ) и проф. М.М. Богуславский, который не нуждается в особом представлении.

### **3) Третий этап. Принятие Законов о международном коммерческом арбитраже и о третейских судах (2005-2016 гг.)**

В итоге все же борьба увенчалась успехом, и 28 декабря 2004 г. были приняты Закон «О третейских судах» и Закон «О международном коммерческом арбитраже». Эти законы сыграли большую роль в возрождении арбитражных судов в Казахстане. В частности, на основе нового законодательства был создан Казахстанский Международный Арбитраж.

С момента введения в действие этих Законов прошло не так много времени, но практика деятельности институциональных ар-

битражей и третейских судов выявила многие достоинства и недостатки принятых Законов, что должно было позволить усовершенствовать их в такой степени, чтобы арбитражные (третейские) суды Казахстана смогли занять достойное место в международной системе арбитражных судов.

За одиннадцать лет, прошедших с момента введения в действие указанных Законов, изменения и дополнения вносились в них несколько раз. Так, в Закон о третейских судах пять раз – Законом РК от 04.05.2009 г. №156-IV ЗРК, Законом от 05.02.2010 г. №249-IV ЗРК, Законом от 17.02.2012 г. №564-IV ЗРК, Законом от 10.07.2012 г. №32-V ЗРК и Законом от 03.07.2013 г. №125-V ЗРК.

В Закон об арбитраже изменения и дополнения вносились трижды – Законом РК от 05.02.2010 г. №249-IV ЗРК, Законом от 03.07.2013 г. №125-V ЗРК и Законом от 02.07.2014 г. №225-V ЗРК.

#### **4) Четвертый этап. Принятие Закона об арбитраже (2016 г. по настоящее время)**

08 апреля 2016 года был принят Закон Республики Казахстан №488-V ЗРК «Об арбитраже», объединивший два ранее действовавших Закона.

С принятием и введением в действие нового Закона можно говорить о начале нового этапа в развитии арбитражного движения в Казахстане. Но каким он будет? Будет ли он этапом укрепления и успешного развития арбитража? Сейчас мы затрудняемся дать положительный ответ на этот вопрос, поскольку помимо явно прогрессивных положений, новый Закон об арбитраже содержит достаточно большое количество не только спорных, но и ошибочных, а порой даже опасных положений.

В новом Законе об арбитраже сохранился ряд недостатков, которые были в Законе о третейских судах. Кроме того, он внес ряд изменений, не соответствующих природе арбитража, часть из которых впоследствии нам удалось исключить с принятием Закона Республики Казахстан от 21.01.2019 №217-VI «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты РК по вопросам усиления защиты собственности, **арбитража**, оптимизации судебной нагрузки, дальнейшей гуманизации уголовного законодательства».

Мы намеренно так подробно останавливаемся на истории развития законодательства об арбитраже в Казахстане для того, чтобы наглядно показать, каким сложным и тернистым был и, к сожалению, все еще остается путь развития арбитража в Казахстане.

## **64.2. ДОСТОИНСТВА НОВОГО ЗАКОНА ОБ АРБИТРАЖЕ. СФЕРА ПРИМЕНЕНИЯ**

К числу несомненных достоинств нового Закона об арбитраже следует отнести прежде всего то, что он консолидировал в себе нормы двух ранее действовавших Законов – о третейских судах и о

международном арбитраже. В целом это верный подход, поскольку независимо от того, между кем рассматривается спор (между резидентами РК или с участием нерезидентов), процедуры должны быть едиными и для третейского суда, и для арбитража. Поэтому идея объединения двух законов является продуктивной, ибо это позволяет убрать все многочисленные повторы и дублирование одних и тех же положений.

Так, согласно ст. 1 Закона об арбитраже он применяется в отношении споров, возникших из гражданско-правовых отношений с участием физических и (или) юридических лиц, независимо от места жительства или места нахождения субъектов спора внутри государства или за его пределами, разрешаемых арбитражем, если иное не установлено законодательными актами Республики Казахстан.

**Уточнение понятия «публичный порядок».** В ранее действовавших, а ныне отмененных Законах об арбитраже (см. подп. 1) ст. 2) и третейских судах (см. подп. 5) ст. 2) публичный порядок Республики Казахстан определялся как основы государственного и общественного устройства, закрепленные в законодательных актах Республики Казахстан. Противоречие публичному порядку РК является одним из оснований для обжалования решения международного арбитража и третейского суда. Между тем подобное определение публичного порядка было весьма спорно.

Дело в том, что в Гражданском кодексе Республики Казахстан (далее – ГК) публичный порядок определяется по-другому. Согласно п. 1 ст. 1090 ГК иностранное право не применяется в случаях, когда его применение противоречило бы основам правопорядка Республики Казахстан (публичному порядку Республики Казахстан). В этих случаях применяется право Республики Казахстан. При этом отказ в применении иностранного права не может быть основан лишь на отличии политической или экономической системы соответствующего иностранного государства от политической или экономической системы Республики Казахстан (см. п. 2 ст. 1090 ГК).

Понятие публичного порядка (*ordre public*, *public policy*) является довольно неопределенным, применение его отдается целиком на судейское усмотрение. Оговорку о публичном порядке называют «предохранительным клапаном», «каучуковым параграфом» и т.п. Важным является уточнение в п. 2 ст. 1090 ГК, что оговорку о публичном порядке нельзя использовать только на основании различий политической или экономической системы.

Оговорка о публичном порядке может быть применена, когда применение иностранного права противоречило бы основам правопорядка РК, правовым принципам, породило бы последствия, недопустимые с точки зрения нашего правосознания.

Совершенно очевидно, что «основы государственного и обще-

ственного устройства» и «основы правопорядка» – это разные вещи.

Достоинством Закона об арбитраже является то, что в нем понятие публичного порядка было уточнено, а именно приведено в соответствие со ст. 1090 ГК.

Теперь, в соответствии с подпунктом 1) ст. 2 нового Закона публичный порядок Республики Казахстан – это основы правопорядка, закрепленные в законодательных актах Республики Казахстан.

**Исключение необоснованных ограничений.** К числу явно положительных моментов, на наш взгляд, можно отнести то, что Законом об арбитраже были исключены отдельные необоснованные ограничения в компетенции третейских судов.

Согласно п. 8 ст. 8 Закона об арбитраже арбитражу не подведомственны споры между субъектами естественных монополий и их потребителями, между государственными органами, субъектами квазигосударственного сектора.

До введения в действие Закона об арбитраже третейским судам в соответствии с п. 5 ст. 7 Закона о третейских судах были не подведомственны, в частности, споры, по которым затрагиваются интересы государства, споры из договоров о предоставлении услуг, выполнении работ, производстве товаров субъектами естественных монополий, субъектов, занимающих доминирующее положение на рынке товаров и услуг.

Однако подобного ограничения в отношении компетенции международного коммерческого арбитража не было. Поэтому можно было говорить о необоснованных ограничениях деятельности третейских судов, их дискриминации по сравнению с международным коммерческим арбитражем. Так, например, национальные компании были необоснованно ограничены в возможности рассмотрения споров с казахстанскими компаниями в порядке третейского разбирательства, поскольку существовал риск того, что государственные суды могли отменить решение третейского суда, ссылаясь на то, что в споре с нацкомпанией были затронуты интересы государства. При этом любой нерезидент мог включить в такой же контракт с нацкомпанией оговорку и отдать свой спор по контракту на рассмотрение независимому арбитражу. На практике наличие подобных ограничений очень серьезно тормозило развитие третейских судов.

Поэтому невключение в новый Закон об арбитраже норм о запрете на рассмотрение арбитражем споров, по которым затрагиваются интересы государства, следует рассматривать как положительное.

Что касается существовавшего до принятия и введения в действие нового Закона об арбитраже запрета на рассмотрение третейскими судами споров из договоров о предоставлении услуг, выпол-



нении работ, производстве товаров субъектами естественных монополий, субъектами, занимающими доминирующее положение на рынке товаров и услуг, то на практике достаточно часто возникает спорный вопрос о том, могут ли такие субъекты передать споры из заключенных ими договоров на рассмотрение в третейский суд или нет.

Проблема была связана с буквальным толкованием нормы п. 5 ст. 7 Закона о третейских судах. Дело в том, что у таких субъектов были и иные договоры, по которым не они сами предоставляли услуги, выполняли работы или производили товары, а наоборот получали такие услуги, работы или приобретали товары от своих контрагентов. Если следовать буквальному толкованию, то запрет на такие споры не мог распространяться. Исходя из того, что в силу п. 1 ст. 19 Закона о третейских судах третейский суд самостоятельно решал вопрос о наличии или об отсутствии у него правомочий рассматривать переданный на его разрешение спор, можно было сделать вывод о том, что такие споры могли быть рассмотрены третейскими судами.

Однако в случае обжалования решения третейского суда или обращения за принудительным исполнением в компетентный государственный суд, в конечном итоге, вопрос об арбитрабельности таких споров всегда решался судьей государственного суда, который мог совершенно иначе истолковать норму п. 5 ст. 7 Закона о третейских судах и признать, что спор не подлежит рассмотрению третейским судом.

Пункт 8 ст. 8 нового Закона об арбитраже предусматривает запрет на рассмотрение арбитражем не всех споров с участием субъектов естественных монополий, а только тех споров, которые возникают между естественными монополистами и их потребителями.

Хотя справедливости ради стоит отметить, что и эта категория споров все же необоснованно исключена из подведомственности арбитража, так же, как и споры между субъектами квазигосударственного сектора (п. 8 ст. 8 Закона).

Споры же субъектов квазигосударственного сектора с резидентами РК могут рассматриваться только с согласия уполномоченного государственного органа (п.10 ст. 8 Закона). Это фактически делает невозможным обращение субъектов квазигосударственного сектора в арбитраж.

Поэтому, с одной стороны, новый Закон об арбитраже исключил одни необоснованные ограничения в компетенции третейских судов, но, с другой стороны, тут же фактически ввел новые ограничения для арбитража.

**Закрепление принципа автономности арбитражного соглашения.** Одним из важных вопросов, возникавших на практике, являлся вопрос соотношения арбитражной (третейской) оговорки с

основным договором, в текст которого она включена. В юридической теории довольно давно была сформулирована доктрина автономности третейского соглашения, суть которой сводится к тому, что арбитражная (третейская) оговорка, даже будучи включенной в текст основного контракта, остается самостоятельным соглашением с самостоятельной юридической судьбой. Отмена, изменение или признание недействительной арбитражной оговорки не ведет само по себе к прекращению, изменению или признанию недействительным основного контракта. И, напротив, метаморфозы с основным контрактом не влияют на юридическую силу арбитражной оговорки.

В большинстве стран доктрина автономности арбитражного соглашения первоначально появилась в судебной практике и лишь потом стала нормой закона. Вслед за Типовым законом ЮНСИТРАЛ «О международном торговом арбитраже» принцип автономности арбитражной (третейской) оговорки в настоящее время закреплен в законодательстве многих стран.

Однако законодательство Казахстана вплоть до принятия и введения в действие нового Закона об арбитраже не содержало специальных норм об автономности арбитражной (третейской) оговорки.

В настоящее время доктрина автономности арбитражного соглашения закреплена в подпункте 7) ст. 5, а также п. 1 ст. 20 нового Закона об арбитраже. Так, арбитражное разбирательство осуществляется с соблюдением принципа автономности арбитражного соглашения, означающей, что отмена, изменение или признание недействительной арбитражной оговорки не приводят к прекращению, изменению или признанию недействительным основного соглашения. Соответственно отмена, изменение или признание недействительным основного соглашения не приводят к прекращению, изменению или признанию недействительной арбитражной оговорки.

В соответствии с п. 1 ст. 20 нового Закона об арбитраже арбитраж самостоятельно решает вопрос о наличии или отсутствии у него полномочий (юрисдикции) рассматривать переданный на его разрешение спор, в том числе в случаях, когда одна из сторон возражает против арбитражного разбирательства по причине недействительности арбитражного соглашения. Для этой цели арбитражная оговорка, являющаяся частью договора, толкуется как соглашение, не зависящее от других условий договора. Вынесение арбитражем решения о недействительности договора не влечет за собой недействительности арбитражной оговорки.

**Исключение «противоречия принципу законности» из числа оснований для возможного обжалования решения третейского суда.** Значительным шагом вперед является также исключение такого основания для возможного обжалования решения третейского суда, как «противоречие принципу законности».

В Казахстане в отношении третейских судов долгое время существовал риск отмены государственным судом решения, вынесенного третейским судом. Речь шла о пресловутом принципе законности. В Законе о третейских судах среди оснований обжалования решения третейского суда в компетентном (государственном) суде было названо противоречие такого решения принципу законности и публичному порядку Республики Казахстан (см. подпункт 5) п. 2 ст. 44 отмененного Закона о третейских судах).

Однако сама возможность отмены решения третейского суда по основанию нарушения принципа законности противоречила сущности третейского разбирательства. Ведь принцип законности – это соблюдение всех нормативных правовых актов (см. подпункт 2) ст. 4 отмененного Закона о третейских судах).

На практике это означало, что государственный суд мог отменить решение третейского суда в случае малейшего, на взгляд государственного суда, нарушения любого приказа министерства или любого решения районного акима. Не говоря о наличии большой коррупционной составляющей, это противоречило основной цели введения третейского суда в правовую систему государства, а также основному принципу третейского разбирательства: что оно не может быть пересмотрено по существу.

На этом принципе построено третейское разбирательство во всем мире и это запрещено во всех международных документах. Недаром подобного основания отмены решения не было в Законе о международном коммерческом арбитраже, основанном на Типовом законе ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже. В конце концов, это было просто унижительно, ведь в Законе, написанном для иностранцев, не было таких ограничений, которые были установлены для граждан Республики Казахстан.

В новом Законе об арбитраже такого основания для возможного обжалования решения, как «противоречие принципу законности», уже нет. Да и само содержание принципа законности, закрепленное в подпункте 2) ст. 5 нового Закона об арбитраже, существенно пересмотрено. Так, данный принцип теперь означает, что арбитры и арбитражи в своих решениях руководствуются только нормами применимого по соглашению сторон права.

**Участие адвокатов в арбитражном разбирательстве.** На практике нередко возникали спорные ситуации, связанные с возможностью участия адвокатов в рассмотрении спора в качестве третейского судьи или арбитра.

Дело в том, что, с одной стороны, Законы о третейских судах и о международном коммерческом арбитраже не содержали прямого запрета на избрание адвокатов в качестве третейских судей (арбитров). Но, с другой стороны, Закон Республики Казахстан от 05 декабря 1997 года «Об адвокатской деятельности» не содержал пря-

мого разрешения для адвокатов выступать в качестве третейского судьи или арбитра при рассмотрении спора в третейском суде или международном коммерческом арбитраже.

Такая законодательная неурегулированность возможности адвокатов выступать в качестве третейских судей и арбитров несла в себе риск обжалования компетентным судом решений, вынесенных составом арбитров (третейских судей) с участием адвокатов.

В настоящее время данная проблема решена, поскольку п. 5 ст. 15 Закона об адвокатской деятельности был дополнен прямым указанием на возможность для адвокатов быть избранным или назначенным арбитром соответствующего арбитража для разрешения спора.

### 64.3. НЕДОСТАТКИ НОВОГО ЗАКОНА ОБ АРБИТРАЖЕ

Несмотря на все достоинства нового Закона об арбитраже, он в то же время изобилует не только спорными, но и явно ошибочными положениями. На чем основано такое утверждение? Для этого достаточно проанализировать отдельные деструктивные положения нового Закона об арбитраже.

**Неверная методологическая основа.** Новый Закон об арбитраже построен на неверной методологической основе. Задача состояла в объединении двух Законов, но не в ликвидации двух видов арбитража: международного коммерческого арбитража и третейского суда. Такое разграничение объективно существует и от него нельзя отказываться. Особенно ярко такие отличия видны в вопросах применимого права.

Отдельные статьи законопроекта представляют собой не что иное, как механическое объединение статей ранее действовавших в Казахстане Законов о третейских судах и о международном коммерческом арбитраже без учета объективно существующей специфики третейского суда и международного коммерческого арбитража.

На наш взгляд, при разработке нового Закона об арбитраже можно было бы использовать положения шведского Закона об арбитраже (Закон (SFS1999: 116) «Об арбитраже», вступил в силу с 01 апреля 1999 года)<sup>1</sup>, в котором сначала даются общие положения (арбитражное соглашение, арбитры, арбитражное разбирательство, арбитражное решение, недействительность и отмена арбитражного решения, арбитражные расходы, подсудность и сроки давности), а затем выделяется раздел «Международный арбитраж», в котором ст. 45 гласит:

«Настоящий Закон применяется к арбитражным разбиратель-

---

<sup>1</sup> См.: *Андерссон Ф., Исакссон Т., Юханссон М., Нильсон У.* Арбитраж в Швеции / Пер. с англ. М.: Статут, 2014. (Приложение 1 .С. 197-217).

ствам, имеющим место в Швеции, независимо от наличия в споре международного элемента».

Таким образом, применительно к Закону РК об арбитраже можно было вначале изложить общие проблемы по структуре, примерно соответствующей структуре шведского Закона об арбитраже, а затем включить в него раздел: «Международный коммерческий арбитраж», где сформулировать особенности рассмотрения дел в международном коммерческом арбитраже, в частности, вопросы применимого права.

**Приведение терминологии Закона об арбитраже в соответствие с Типовым законом ЮНСИТРАЛ.** Согласно подпункту 3) ст. 2 нового Закона об арбитраже под арбитражем понимается арбитраж, образованный специально для рассмотрения конкретного спора, или постоянно действующий арбитраж. Однако в данном определении заложена одна существенная ошибка. Дело в том, что при анализе и адаптации норм Типового закона большинство исследователей приходят к какому-то единообразному, но неправильному пониманию деления арбитражных судов на постоянно действующие и созданные для рассмотрения конкретного спора. Но этого в Типовом законе и близко нет. В Типовом законе, и это правильно, ни о каких постоянно действующих арбитражных судах речи не идет.

Согласно ст. 2 Типового закона «арбитраж» означает любой арбитраж, независимо от того, осуществляется ли он постоянным арбитражным учреждением или нет (см. подпункт а), а «арбитражный суд» означает единоличного арбитра или коллегия арбитра (см. подпункт б).

Таким образом, в Типовом законе есть такая категория, как постоянно действующее арбитражное учреждение, то есть посредник, к которому обращаются стороны арбитражного соглашения и который содействует организации арбитража (то есть процесса рассмотрения спора), в том числе и содействует созданию арбитражного суда – состава арбитра для рассмотрения конкретного спора.

Например, Казахстанский Международный Арбитраж, являясь постоянно действующим арбитражным институтом, только содействует сторонам в организации и проведении арбитражных (третьих) разбирательств, выполняя так называемые функции по администрированию. Само рассмотрение споров проводят и, соответственно, выносят решение арбитры – состав арбитража либо единоличный арбитр, избранные самими спорящими сторонами по каждому конкретному делу. Вот этот состав арбитража или единоличный арбитр и есть арбитражный суд в том значении, которое используется в Типовом законе. И лишь в отдельных случаях, когда стороны по каким-то причинам не реализуют свое право на вы-

бор арбитров, таковых назначает КМА в соответствии с Арбитражным регламентом.

Наряду с термином «учреждение» для обозначения такого постоянно действующего посредника нередко используется термин «институт». Например, во всем мире широко известен постоянно действующий Арбитражный институт Торговой палаты г. Стокгольма.

В соответствии с Типовым законом нет разницы, создан арбитражный суд сторонами спора или этим посредником, который в Типовом законе обозначен как постоянно действующее арбитражное учреждение (но никак не постоянно действующий арбитражный суд). Постоянно действующего арбитражного суда нет – нет какого-то конкретного состава арбитров, который постоянно действует и постоянно непрерывно рассматривает споры сторон арбитражного соглашения, которые к нему обращаются. В каждом конкретном споре стороны образуют конкретный состав арбитров – арбитражный суд, и всегда это для рассмотрения конкретного спора.

Отличие арбитражного суда *ad hoc* только в одном – он образуется непосредственно сторонами спора, стороны спора сами все решают, организуют, согласовывают место и время рассмотрения спора, порядок расчетов с арбитрами, покрывают все расходы и так далее, все по соглашению сторон или по правилам, предусмотренным законом (могут даже по этому поводу и посудиться по вопросам, выходящим за пределы арбитражной оговорки, в суде, а в пределах арбитражной оговорки все решит арбитражный суд).

При обращении в постоянно действующее арбитражное учреждение арбитров также выбирают стороны арбитражного соглашения, состав арбитров также рассматривает конкретный спор, единственное, что все организационные вопросы за плату решает это постоянно действующее арбитражное учреждение – предоставляет список рекомендуемых арбитров, не обязательный для сторон спора, устанавливает правила гонораров для избранных арбитров, предоставляет место рассмотрения спора, если стороны не выберут иное, осуществляет все организационные вопросы – предупреждают и извещают стороны о месте и времени проведения заседания, выдают копии решений и т.д.

Поэтому в новом Законе об арбитраже следовало бы правильно обозначить посредника и назвать его не постоянно действующим арбитражем, а постоянным арбитражным учреждением (либо институтом, чтобы не смешивать с предусмотренной Гражданским кодексом РК такой организационно-правовой формой некоммерческих юридических лиц, как учреждение).

Для разграничения с арбитражным судом *ad hoc* надо просто в отдельных нормах Закона об арбитраже (как в Типовом законе) указывать, что какие-то правила закона (например, об арбитраж-

ном суде, как составе арбитров – см. подпункт а) ст.2 Типового закона) действуют вне зависимости от того, образован арбитраж постоянным арбитражным учреждением или непосредственно сторонами спора.

Таким образом, нужно исходить из того, что существует:

- а) арбитраж – как процедура рассмотрения спора,
- б) арбитражный суд – как состав арбитров (либо единоличный арбитр), рассматривающий конкретный спор,
- в) постоянное арбитражное учреждение (либо институт) – как посредник, содействующий процессу рассмотрения спора, то есть арбитражу.

При этом арбитражный суд может быть создан непосредственно сторонами спора, без обращения к постоянному арбитражному учреждению, и он ничем не отличается от арбитражного суда, созданного постоянным арбитражным учреждением при обращении к нему сторон арбитражного соглашения.

Именно такую терминологию следовало бы использовать в новом Законе об арбитраже.

**Согласие уполномоченного органа.** Данная норма фактически вводит новые ограничения для АО и ТОО с государственным участием на рассмотрение споров в арбитраже. Практикующими юристами уже высказаны опасения относительно того, каким образом можно заранее спрогнозировать размер арбитражных расходов и каким образом требование п. 10 ст. 8 Закона об арбитраже впоследствии может повлечь за собой споры о действительности согласия уполномоченного органа.

Пункт 10 ст. 8 необходимо исключить из Закона об арбитраже.

В качестве альтернативы предлагаются следующие меры:

- а) привести редакцию данного пункта в соответствие с Законом о государственном имуществе. Слова «уполномоченного органа соответствующей отрасли» заменить словами «уполномоченного органа, определяемого в соответствии с Законом Республики Казахстан «О государственном имуществе» (уполномоченный орган в отношении государственного юридического лица или юридического лица с государственным участием, или какой-то иной термин, может просто уполномоченный орган по государственному имуществу)». Выбранный в скобке термин использовать по всему законопроекту.

Кроме того, в Закон о государственном имуществе нужно добавить компетенцию соответствующего органа, осуществляющего управление государственным предприятием или пакетом акций АО и ТОО с государственным участием, или в компетенцию Советов директоров АО с государственным участием, компетенцию по даче согласия на арбитражную оговорку;

- б) определить уполномоченный орган для случаев, когда сторо-

ной арбитражного соглашения является такой государственный орган, как министерство, которое само может являться уполномоченным органом соответствующей отрасли. Уполномоченным органом для министерства в данном случае в соответствии с Конституцией и Законом о государственном имуществе является Правительство;

в) исключить требование о прогнозируемых расходах на арбитражное разбирательство, поскольку на стадии заключения арбитражной оговорки определить сумму прогнозируемых расходов невозможно.

**Форма процессуальных документов.** Пункт 6 ст. 14 Закона об арбитраже предусматривает, что решение руководителя постоянно действующего арбитража о назначении арбитров отмене не подлежит. Аналогичную норму содержит п. 1 ст. 18 Закона: «Решение относительно прекращения полномочий арбитра не подлежит отмене».

Арбитражному разбирательству известны только две формы процессуальных документов – решение и определение. Решение всегда выносится при рассмотрении спора по существу. Согласно ст. 48 Закона об арбитраже по вопросам, не затрагивающим существо спора, выносятся мотивированные определения.

При этом согласно Закону об арбитраже и ГПК отмене подлежат только арбитражные решения. Определения не могут быть отменены.

Решение руководителя постоянно действующего арбитража о назначении арбитров относится к процессуальным действиям, не затрагивающим существа спора, именно поэтому согласно ст. 48 Закона об арбитраже оно должно облекаться в процессуальную форму определения.

Кроме того, следует учитывать, что составу арбитража, председателю состава или единоличному арбитру, даже будучи назначенному руководителем постоянно действующего арбитража, всегда может быть заявлен отвод сторонами арбитражного разбирательства.

Таким образом, последнее предложение п. 6 ст. 14 и п. 1 ст. 18 Закона об арбитраже следует исключить из Закона.

**Отвод арбитра.** Согласно подпункту 5) п. 2 ст. 17 Закона об арбитраже основаниями для отвода арбитра являются также следующие обстоятельства, вызывающие сомнение в его беспристрастности и (или) компетентности: если арбитр необоснованно не соблюдает сроки арбитражного разбирательства.

Отвод арбитра, который необоснованно не соблюдает сроки арбитражного разбирательства, не только не способствует сокращению срока арбитражного разбирательства, а напрямую увеличивает его.

В случае удовлетворения отвода, все процедуры, связанные с



избранием нового арбитра, должны быть проведены заново. Согласно ст. 19 Закона об арбитраже в случае прекращения полномочий арбитра другой арбитра избирается (назначается) в соответствии с правилами, которые применялись при избрании (назначении) заменяемого арбитра.

Кроме того, в соответствии со ст. 19 избранный (назначенный) в порядке замены арбитра вправе назначить повторные слушания по делу, что также не способствует сокращению срока арбитражного разбирательства.

Подпункт 5) п. 2 ст. 17 Закона об арбитраже необходимо исключить.

**Получение сторонами письменных сообщений.** В соответствии с подпунктом 1) ст. 30 Закона об арбитраже «Получение сторонами письменных сообщений», если стороны не договорились об ином, любое письменное сообщение считается полученным, если оно доставлено адресату лично, по его постоянному месту жительства или почтовому адресу, когда таковые не могут быть установлены путем разумного наведения справок, письменное сообщение считается полученным, если оно направлено в последнее известное место нахождения заказным письмом с уведомлением о его вручении, телефонограммой или телеграммой, текстовым сообщением по абонентскому номеру сотовой связи или электронному адресу, а также с использованием иных средств связи, обеспечивающих фиксирование этого сообщения.

Слова «с уведомлением о его вручении» необходимо заменить словами «или иным образом, предусматривающим регистрацию попытки доставки этого сообщения, в том числе» в целях приведения этой нормы в соответствие со ст. 3 Типового закона. Ранее действовавший Закон РК от 28 декабря 2004 года «О международном арбитраже» (подпункт 1) ст. 24) полностью соответствовал ст. 3 Типового закона.

Данная норма направлена на возможность проведения арбитражного разбирательства в случае, когда по объективным причинам невозможно установить местонахождение стороны. В этом случае согласно ст. 3 Типового закона достаточно направить письменное сообщение в последнее известное место нахождения заказным письмом или иным образом, предусматривающим регистрацию попытки доставки этого сообщения.

До введения в действие Закона об арбитраже эта норма прекрасно работала, поскольку в случае с недобросовестным ответчиком арбитраж отправлял ему определения заказным письмом, получал от почтовой организации официальное письмо с указанием на то, что была попытка доставки определения по последнему известному адресу, в письме указывалась причина недоставки, и дальше состав арбитража мог проводить слушание с вынесением решения

даже без участия ответчика, таким образом уведомленного, поскольку считалось, что сообщение было получено. Это нормальная международная практика.

По Закону об арбитраже из-за фразы «с уведомлением о его вручении» весь механизм, заложенный в норму ст. 3 Типового закона, ст. 24 ранее действовавшего Закона об арбитраже, направленный на то, чтобы можно было провести процесс без участия стороны, вообще не имеет смысла. Ведь теперь даже в том случае, когда невозможно по объективным причинам найти ответчика, нужно отправить ему документы заказным письмом с уведомлением о его вручении. А каком вручении может идти речь, если ответчик скрывается? Высок риск отмены в последующем такого арбитражного решения.

В действующей редакции норма, заложенная в подпункт 1) ст. 30 Закона об арбитраже, позволяет недобросовестной стороне, намеренно скрывающей свое место нахождения, либо отказывающейся от получения сообщений, в последующем заявлять ходатайство об отмене арбитражного решения, ссылаясь на неуведомление, поскольку арбитраж не может получить уведомление о вручении (что по смыслу подп. 1) ст. 30 Закона может толковаться как неполучение письменного сообщения).

**Права сторон арбитражного разбирательства.** Эта статья (так же, как и ст. 27 Закона об арбитраже) не имеет аналогов в арбитражном законодательстве Австрии, Грузии, Кыргызстана, России, Украины, Швеции и многих других стран, взявших за основу при принятии своих национальных законов Типовой закон ЮНСИ-ТРАЛ. Ни Типовой закон, ни внутренние национальные законы об арбитраже (третейских судах) этих стран не содержат отдельной статьи о правах сторон, поскольку все основные права сторон довольно подробно раскрываются в специальных статьях, а потому не нуждаются в простом перечислении в отдельной статье, что вызывает их ненужное дублирование.

Впервые отдельная статья о правах сторон появилась в Законе о международном арбитраже (ст. 25) и Законе о третейских судах (ст. 28) в результате практически прямого заимствования соответствующей статьи из ГПК (в ГПК 1999 года – это была ст. 47, в действующем ГПК – это п. 1 ст. 46).

Вместо того чтобы исключить эту статью из Закона об арбитраже как совершенно лишнюю, разработчики, целиком продублировав в ней положения ст. 28 Закона о третейских судах, дополнили ее подпунктом 10), предусматривающим право сторон окончить дело мировым соглашением или соглашением об урегулировании спора (конфликта) в порядке медиации.

Все перечисленные в ст. 31 Закона об арбитраже права сторон, участвующих в арбитражном разбирательстве, так или иначе уже

урегулированы в Законе об арбитраже. Например, право сторон знакомиться с материалами дела фактически вытекает из ст. ст. 23, 24, 26; право представлять доказательства – из ст. 33; право заявлять ходатайства, отвод арбитрам – из ст. 17; право задавать вопросы участникам процесса, давать устные и письменные объяснения – из ст. 32; право представлять свои доводы по всем возникающим в ходе процесса вопросам, а также право возражать против ходатайств и доводов другой стороны – закреплены в ст. ст. 24 и 40; право знакомиться с протоколом заседания арбитража и подавать по нему письменные замечания – урегулированы в ст. ст. 36-38; право ходатайствовать перед судом о принудительном исполнении арбитражного решения в соответствии с законодательными актами Республики Казахстан – закреплено в ст. 55; право в установленных Законом об арбитраже случаях подавать ходатайство об отмене арбитражного решения – закреплено в ст. ст. 52 и 53; право окончить дело мировым соглашением или соглашением об урегулировании спора (конflikта) в порядке медиации – отражено в ст. 46 Закона об арбитраже.

Вместе с тем все права участвующих в арбитражном разбирательстве сторон, которые являются специфическими именно для арбитражного разбирательства, не имеющими аналогов в гражданском судопроизводстве, напротив, по непонятной логике законодателя не отражены в ст. 31 Закона об арбитраже. Например, право сторон на выбор арбитража, право на выбор арбитров, право на выбор правил арбитражного разбирательства, право на выбор языка и места арбитражного разбирательства и многие другие.

На наш взгляд, эта статья может быть исключена из Закона об арбитраже.

**Сроки подготовки дела к арбитражному разбирательству, рассмотрения и разрешения споров.** Статья 35 Закона об арбитраже «Сроки подготовки дела к арбитражному разбирательству, рассмотрения и разрешения споров» заимствована из ГПК и не имеет никакого отношения к арбитражному разбирательству, имеющему иную правовую природу.

Как известно, арбитраж от государственных судов отличается, кроме всего прочего, еще и сроками. Точнее тем, что в арбитраже нет и не должно быть таких же жестких сроков, как в ГПК. Арбитраж может и очень быстро рассмотреть спор, а может и очень долго. Главное – это разобраться в деле и вынести правильное решение. Кроме того, вопрос о сроках (за исключением отдельных императивных норм, прямо предусмотренных Законом об арбитраже) всегда решается в Регламентах постоянно действующих арбитражей.

Кроме того, сроки при проведении разбирательства с участием иностранных физических и юридических лиц и без их участия мо-

гут быть различными, поскольку в случае с участием иностранных лиц, находящихся за пределами РК, сроки могут быть увеличены, например, за счет так называемого «времени почтового пробега документов» и т.п. Вопрос о сроках должен решать арбитраж либо сами стороны по соглашению между собой.

Что касается отвода арбитра, задерживающего разбирательство, то отвод ничего не даст сторонам в плане ускорения рассмотрения спора, а наоборот еще больше затянет его, поскольку после отвода нужно будет заново проводить процедуру избрания арбитра и заново проводить все слушания по делу в связи с избранием нового арбитра (ст. 19 Закона об арбитраже).

На практике по сложным делам мы вынуждены бесконечно выносить определения о продлении срока арбитражного разбирательства, чтобы не нарушить требования ст. 35 Закона об арбитраже. Необходимо исключить эту статью из Закона об арбитраже как несоответствующую природе арбитражного разбирательства.

**Протокол заседания арбитража.** Закон об арбитраже содержит ряд норм, которых нет ни в Типовом законе ЮНСИТРАЛ «О международном торговом арбитраже», ни в Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже. Это статьи 36, 37 и 38, касающиеся протокола заседания арбитража. Применение этих норм на практике вызывает ряд проблем.

При рассмотрении дел в государственных судах протокол судебного заседания имеет прежде всего значение письменного доказательства, поскольку предполагается возможность последующего обжалования судебных актов, принимаемых нижестоящими государственными судами.

Для арбитража протокол, по сути, не нужен, поскольку арбитражное решение окончательно и пересмотру по существу спора не подлежит. Кроме того, при арбитражном разбирательстве ведение либо неведение протокола не влечет никаких процессуальных последствий. А потому статьи 36, 37 и 38 необходимо исключить из Закона об арбитраже.

**Обеспечение расходов, связанных с разрешением споров в арбитраже.** Статья 43 Закона об арбитраже является крайне неудачной новеллой, поскольку все пункты этой статьи без какой бы то ни было адаптации к Закону об арбитраже были заимствованы из главы «Арбитражные расходы» Закона Швеции об арбитраже (ст. ст. 37 – 42). В результате такой «рецепции» эта статья противоречит ст. 41 Закона об арбитраже

Разработчики Закона об арбитраже упустили из виду положения ст. 37 Закона Швеции об арбитраже, согласно которой «стороны солидарно отвечают за выплату компенсации в разумных пределах произведенной арбитрами работы и понесенных ими издержек». В этой статье, по сути, содержится разъяснение того, что именно в

последующих статьях Закона Швеции об арбитраже будет относиться к арбитражным расходам в отношении арбитров. Это фактически гонорар арбитра (компенсация произведенной арбитрами работы) и расходы, понесенные арбитром в связи с арбитражным разбирательством (издержки).

Разработчики Закона об арбитраже в п. 1 ст. 43 Закона об арбитраже механически заменили используемое в ст. 38 Закона Швеции об арбитраже понятие «причитающаяся арбитрам компенсация» на используемое в ст. 41 Закона об арбитраже понятие «расходы, понесенные арбитрами в связи с разрешением споров в арбитраже», не подвергнув анализу то различное содержание, которое вкладывают в эти понятия Закон Швеции об арбитраже и Закон РК об арбитраже. На наш взгляд, статья 43 подлежит исключению из Закона об арбитраже.

**Мировое соглашение и урегулирование спора в порядке медиации.** В отличие от п. 1 ст. 46 Закона об арбитраже, аналогичные нормы ранее действовавшего Закона о международном арбитраже (п. 1 ст. 27) и Закона о третейских судах (п. 3 ст. 34) в большей степени соответствовали п. 1 ст. 30 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже, предусматривающему следующее: «Если в ходе арбитражного разбирательства стороны урегулируют спор, арбитражный суд прекращает разбирательство и по просьбе сторон и при отсутствии возражений с его стороны фиксирует это урегулирование в виде арбитражного решения на согласованных условиях».

Пункт 1 ст. 43 Закона об арбитраже, помимо мирового соглашения, называет медиацию как способ урегулирования спора, к которому могут прибегнуть стороны в ходе арбитражного разбирательства. Однако, как правило, к медиации стороны прибегают до начала арбитражного разбирательства, а не во время арбитража. И только в случае невозможности проведения процедуры медиации или недостижении сторонами медиативного соглашения по спорному вопросу стороны обращаются к арбитражному разбирательству.

При разработке Закона об арбитраже п. 1 ст. 46 был дополнен указанием на медиацию по аналогии со ст. 179 ГПК, согласно п. 1 которой стороны вправе до удаления суда в совещательную комнату в судах первой, апелляционной, кассационной инстанций заявить ходатайство об урегулировании спора (конфликта) в порядке медиации.

В соответствии с п. 4 ст. 179 ГПК медиация в суде первой инстанции может быть проведена как другим, так и этим же судьей. Согласно п. 5 ст. 179 ГПК медиация в суде проводится в соответствии с Законом о медиации и с особенностями, установленными ГПК. Пункт 5 ст. 27 Закона о медиации предусматривает, что при

утверждении судом соглашения об урегулировании спора, достигнутого сторонами при проведении медиации в ходе гражданского процесса, уплаченная государственная пошлина подлежит возврату плательщику в порядке, предусмотренном Налоговым кодексом.

Согласно п. 4 ст. 180 ГПК исполнение соглашения об урегулировании спора (конфликта) в порядке медиации, утвержденного судом, производится по правилам исполнения мирового соглашения, установленным ст. 178 ГПК, п. 2 которой предусматривает, что мировое соглашение, не исполненное добровольно, подлежит принудительному исполнению на основании исполнительного листа, выдаваемого судом по ходатайству лица, заключившего мировое соглашение.

Обращение сторон к проведению медиации в ходе гражданского процесса, действительно, имеет смысл для сторон, поскольку они обращаются к альтернативному по отношению к суду способу урегулирования спора. При этом возможен возврат уплаченной государственной пошлины, а соглашение об урегулировании спора (конфликта) в порядке медиации обеспечивается возможностью принудительного исполнения.

В соответствии с подпунктом 2) п. 3 ст. 9 Закона о медиации осуществлять деятельность медиатора на непрофессиональной основе могут судьи при проведении примирительных процедур в суде в соответствии с ГПК. При этом в соответствии со ст. 22 на платной основе за вознаграждение проводить медиацию могут только профессиональные медиаторы. Согласно п. 6 ст. 22 Закона о медиации непрофессиональным медиаторам возмещаются только расходы, понесенные ими в связи с проведением медиации, в том числе расходы на оплату проезда к месту рассмотрения спора, проживание и питание.

Для суда медиация, как и иные предусмотренные в гл. 17 ГПК примирительные процедуры, также имеет важное значение, поскольку способствует разгрузке судебной системы в целом.

Однако при арбитражном разбирательстве обращение к медиации не столь популярно. Так, в арбитражной практике КМА не было ни одного случая, когда стороны в ходе арбитражного разбирательства прибегли бы к услугам медиатора, поскольку в этом нет практической необходимости, в отличие от медиации, проводимой в ходе гражданского процесса. Это связано с целым рядом причин:

1) арбитражное разбирательство и так является альтернативным способом разрешения спора, в отличие от суда;

2) как правило, медиацию должны проводить не арбитры, разрешающие спор по существу, а иные арбитры из списка Арбитров КМА, что в конечном итоге может существенно затянуть процесс рассмотрения спора;

3) при обращении к медиатору в ходе арбитражного разбира-

тельства, в отличие от медиации в гражданском процессе, необходимо произвести оплату услуг медиатора в дополнение к уже понесенным арбитражным расходам. Расходы на арбитражное разбирательство в случае утверждения составом арбитража соглашения об урегулировании спора в порядке медиации в виде решения на согласованных условиях не будут возвращены сторонам, в отличие от возврата государственной пошлины.

Кроме того, Закон о медиации не дает точного ответа на вопрос о том, распространяется ли его сфера действия на медиацию, проводимую постоянно действующими арбитражами? Мы считаем, нет.

В соответствии с п. 1 ст. 46 Закона об арбитраже урегулирование спора в ходе арбитражного разбирательства в порядке медиации невозможно в случаях, предусмотренных в ст. 1 Закона о медиации:

1) если спор затрагивает или может затронуть интересы третьих лиц, не участвующих в процедуре медиации (п. 2);

2) лиц, признанных судом недееспособными либо ограниченно дееспособными (п. 2);

3) когда одной из сторон является государственный орган (п. 3).

В отношении первых двух изъятий никаких проблем не возникает, поскольку согласно п. 8 ст. 8 Закона об арбитраже арбитражу не подведомственны споры, по которым затрагиваются интересы лиц, признанных в порядке, установленном законом, недееспособными или ограниченно дееспособными, а в соответствии с подпунктом 4) п. 1 ст. 27 Закона об арбитраже арбитраж возвращает исковое заявление, если затрагиваются интересы третьих лиц, не являющихся участниками арбитражного соглашения.

Что касается государственных органов, то при соблюдении определенных условий они могут быть участниками арбитражного разбирательства. Но в связи с запретом, предусмотренным в п. 3 ст. 1 Закона о медиации, государственный орган, являющийся стороной арбитражного разбирательства, не может урегулировать спор в ходе арбитражного разбирательства в порядке медиации.

Таким образом, медиация как способ урегулирования спора, к которому могут прибегнуть стороны в ходе арбитражного разбирательства, должна быть исключена из ст. 46 Закона об арбитраже.

**Пересмотр арбитражного решения по вновь открывшимся обстоятельствам.** В соответствии с п. 1 ст. 51 Закона об арбитраже арбитражное решение может быть пересмотрено по заявлению одной из сторон арбитражного соглашения или иного лица, права которого затронуты по вновь открывшимся обстоятельствам, по основаниям, предусмотренным этой статьей. Указанная статья была заимствована из ГПК.

Однако во всем мире пересмотр арбитражного решения невозможен в связи с тем, что арбитражное решение является оконча-

тельным. Поэтому статью 51 следует исключить из Закона об арбитраже.

**Основания отмены арбитражного решения.** В соответствии с подпунктом 1) п. 1 ст. 52 Закона об арбитраже арбитражное решение может быть отменено судом, если сторона, заявляющая ходатайство об отмене, представит доказательства неподведомственности спора арбитражу.

В этой части данная норма не соответствует ст. 34 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже, согласно которому аналогичное основание (объект спора не может быть предметом арбитражного разбирательства по законам этой страны) отнесено только к числу оснований, которые суд вправе применить по своему усмотрению.

В указанной статье такое основание для отмены арбитражного решения судом, как неподведомственность спора арбитражу, отнесено к числу оснований, подлежащих доказыванию стороной, ходатайствующей об отмене арбитражного решения, и одновременно к числу оснований для отмены арбитражного решения, которые суд применяет по своему усмотрению (подпункт 2) п. 2).

Такое дублирование оснований Закону об арбитраже досталось в «наследство» от ранее действовавшего Закона о третейских судах.

Дело в том, что Закон о третейских судах применялся только в отношении внутренних споров между резидентами РК и в значительно меньшей степени соответствовал Типовому закону ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже. Поэтому ст. 44 Закона о третейских судах, посвященная обжалованию решений третейских судов, не разделяла основания отмены на две группы, как это было сделано в Законе о международном арбитраже и как это принято в международной практике.

В соответствии с п. 2 ст. 44 Закона о третейских судах решение третейского суда могло быть обжаловано лишь в случаях, если сторона либо лицо, права которых были затронуты, подавшие заявление об отмене решения третейского суда, представляют доказательства того, что:

1) решение третейского суда вынесено по спору, не предусмотренному третейским соглашением или не подпадающему под его условия, либо содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы третейского соглашения, а также вследствие неподведомственности спора третейскому суду (подпункт 2);

2) спор не мог быть предметом третейского разбирательства (подпункт 6).

Законом РК от 05.02.10 г. №249-IV «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам иммунитета государства и его собственности, со-



вершенствования деятельности третейских судов и международного коммерческого арбитража» подпункт б) п. 2 ст. 44 Закона о третейских судах был исключен как дублирующий подпункт 2) этого же пункта.

Однако в подпункте 1) п. 1 ст. 52 Закона об арбитраже эта ошибка была сохранена. В целях приведения этой нормы в соответствие с подпунктом а) п. 2 ст. 34 Типового закона ЮНСИТРАЛ, на наш взгляд, основание неподведомственности спора арбитражу должно быть исключено из перечня оснований, подлежащих доказыванию стороной, заявляющей ходатайство об отмене арбитражного решения.

2) Закон об арбитраже необоснованно расширяет перечень оснований для отмены и отказа в признании и (или) приведении в исполнение арбитражного решения. Согласно подпункту 5) п. 1 ст. 52 Закона об арбитраже для отмены арбитражного решения судом сторона, заявляющая ходатайство об отмене, должна представить доказательства о том, что имеется вступившее в законную силу, вынесенное по спору между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основаниям решение суда или арбитражное решение либо определение суда или арбитража о прекращении производства по делу в связи с отказом истца от иска.

Аналогичное основание предусмотрено п. 1 ст. 57 Закона об арбитраже и в качестве одного из оснований для отказа судом в признании и (или) приведении в исполнение арбитражного решения. Более того, это же основание предусмотрено подпунктом 10 п. 1 ст. 255 ГПК в качестве оснований для отказа в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение арбитражных решений, вынесенных казахстанскими арбитражами. Причем по этим же основаниям в силу прямой отсылки, предусмотренной ст. 504 ГПК, может быть отказано в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение арбитражных решений, вынесенных иностранными арбитражами.

Однако подобное расширение оснований противоречит положениям Типового закона ЮНСИТРАЛ, ст. IX Европейской конвенции, а также Нью-Йоркской конвенции. Указанные основания должны быть исключены как из Закона об арбитраже, так и из ГПК.

**Ходатайство об отмене арбитражного решения.** Пункт 2 ст. 53 Закона об арбитраже не соответствует подпункту 3) ст. 34 Типового закона ЮНСИТРАЛ, предусматривающему, что ходатайство об отмене не может быть заявлено по истечении трех месяцев с даты, когда сторона, заявляющая это ходатайство, получила арбитражное решение, а в случае, если была подана просьба в соответствии со ст. 33 – с даты вынесения арбитражным судом решения по этой просьбе.

Согласно п. 2 ст. 53 Закона об арбитраже ходатайство об отмене

арбитражного решения не может быть заявлено по истечении одного месяца со дня вынесения арбитражного решения по заявлению о пересмотре арбитражного решения по вновь открывшимся обстоятельствам, поданному в соответствии со ст. 51 Закона об арбитраже.

В то время как согласно подпункту 3) ст. 34 Типового закона ЮНСИТРАЛ ходатайство об отмене не может быть заявлено по истечении трех месяцев с даты вынесения арбитражным судом решения по просьбе об исправлении, толковании арбитражного решения или вынесении дополнительного арбитражного решения, заявленной в соответствии со ст. 33 Типового закона ЮНСИТРАЛ.

Смысл этой нормы Типового закона ЮНСИТРАЛ заключается в том, чтобы «приостановить» течение трехмесячного срока для подачи ходатайства об отмене полученного стороной арбитражного решения на тот период, пока арбитражный суд (состав арбитража) будет рассматривать просьбу стороны об исправлении, толковании арбитражного решения или вынесении дополнительного арбитражного решения.

С учетом того, что институт пересмотра арбитражного решения по вновь открывшимся обстоятельствам в принципе чужд арбитражному разбирательству и неудачно заимствован казахстанским законодателем из ГПК, налицо явная ошибка законодателя. По смыслу подпункта 3) ст. 34 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже в п. 2 ст. 53 отсылка должна быть не к ст. 51, а к ст. 50 Закона об арбитраже.

Следует отметить, что п. 3 ст. 31 ранее действовавшего Закона об арбитраже в этом вопросе полностью соответствовал подпункту 3) ст. 34 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже, отсылая к ст. 30 «Исправление и толкование решения. Дополнительное решение» Закона о международном арбитраже.

Более того, п. 1 ст. 464 ГПК не соответствует п. 2 ст. 53 Закона об арбитраже, поскольку ничего не говорит о сроке для подачи ходатайства об отмене арбитражного решения в случае пересмотра арбитражного решения по вновь открывшимся обстоятельствам.

На наш взгляд, законодателю необходимо в п. 2 ст. 53 Закона об арбитраже ссылку на ст. 51 заменить ссылкой на ст. 50 Закона об арбитраже, а п. 1 ст. 464 ГПК привести в соответствие с п. 2 ст. 53 Закона об арбитраже.

**Подраздел XIV**  
**ГРАЖДАНСКОЕ**  
**ПРОЦЕССУАЛЬНОЕ ПРАВО**

## **Глава 65. СУДЕБНОЕ ИЗВЕЩЕНИЕ, НАПРАВЛЯЕМОЕ ИНОСТРАННОМУ ЮРИДИЧЕСКОМУ ЛИЦУ: ПОРЯДОК И СПОСОБЫ ВРУЧЕНИЯ**

---

Вопросы, связанные с процедурой вручения судебных извещений, на практике не вызывают особых трудностей и проблем. Вопрос немного осложняется, если судебное извещение направляется иностранной стороне. Но и здесь, как правило, особых вопросов не возникает. Тем не менее, как показывает анализ некоторых дел, при применении норм Гражданского процессуального кодекса Республики Казахстан от 31 октября 2015 года №377-V (далее – ГПК РК) возникает ряд проблем как практического, так и теоретического характера.

### **65.1. ПРИМЕНИМОЕ ПРАВО**

В соответствии с законодательством Казахстана в республике действует только законодательство Республики Казахстан и международные договоры с ее участием.

Это вытекает из положений статьи 4 (1) Конституции Республики Казахстан от 30 августа 1995 года, в которой закреплено:

«Действующим правом в Республике Казахстан являются нормы Конституции, соответствующих ей законов, иных нормативных правовых актов, международных договоров и иных обязательств Республики, а также нормативных постановлений Конституционного Совета и Верховного Суда Республики».

Законодательство иностранных государств может быть применено только в случаях, когда это прямо предусмотрено законами Республики Казахстан (далее – РК).

Практически единственным случаем применения в РК норм иностранного права является Раздел 7 Гражданского кодекса Республики Казахстан (Особенная часть) от 1 июля 1997 года, который называется «Международное частное право». В отдельных статьях этого раздела допускается в силу коллизионных норм применение иностранного права.

В статье 1 ГПК РК закреплено:

«Статья 1. Законодательство о гражданском судопроизводстве Республики Казахстан

1. Порядок судопроизводства по гражданским делам на территории Республики Казахстан определяется конституционными законами Республики Казахстан, Гражданским процессуальным кодексом Республики Казахстан, основанным на Конституции Респу-

блики Казахстан и общепризнанных принципах и нормах международного права. Положения иных законов, регулирующих порядок гражданского судопроизводства, подлежат включению в настоящий Кодекс.

2. Международные договорные и иные обязательства Республики Казахстан, а также нормативные постановления Конституционного Совета и Верховного Суда Республики Казахстан являются составной частью гражданского процессуального права.

3. Законодательство Республики Казахстан о гражданском судопроизводстве устанавливает порядок рассмотрения дел по спорам, возникающим из гражданских, семейных, жилищных, финансовых, хозяйственных, земельных и других правоотношений, а также дел особого производства».

В Разделе 4 ГПК РК «Международный процесс» допускается применение иностранного права к определению правоспособности и дееспособности иностранных участников процесса в Казахстане (статьи 472-474 ГПК РК). Практически это повторение положений Гражданского кодекса РК.

Однако в статье 472 (3) ГПК РК специально закреплено, что «судопроизводство в судах по делам, в которых участвуют иностранные лица, осуществляется в соответствии с настоящим Кодексом, иными законами и международными договорами, ратифицированными Республикой Казахстан».

Применение национального процессуального законодательства обычно предусматривается и в Договорах о правовой помощи. Например, в статье 6 Договора между Республикой Казахстан и Турецкой Республикой о правовой помощи по гражданским делам (от 13 июня 1995 года, ратифицированного Законом РК от 31 октября 1997 года №180-1, вступившего в силу 2 октября 1999 года) закреплено:

«Статья 6. Законы, применяемые при оказании правовой помощи

При оказании правовой помощи Договаривающиеся Стороны будут применять свои соответствующие национальные законодательства. Одна Договаривающаяся Сторона может применять процедурные правила другой Договаривающейся Стороны по просьбе последней при условии, что ее основные юридические принципы не будут нарушаться».

Кроме того, основополагающим принципом международного процесса является принцип права страны суда (*lex fori*). В соответствии с ним порядок и форма осуществления процессуального действия определяются законодательством страны разрешения спора.

Применительно к рассматриваемому вопросу данный принцип означает, что уведомление признается надлежащим, если оно осуществлено способом, предусмотренным процессуальным законодательством страны разрешения спора.

Таким образом, вопрос о том, надлежащим ли способом отправлены ответчику судебные извещения, решается только по законодательству Республики Казахстан. Никакие нормы и требования иностранного процессуального законодательства применимы быть не могут в Казахстане.

## **65.2. ПОРЯДОК ИЗВЕЩЕНИЯ СТОРОН О ВРЕМЕНИ И МЕСТЕ СУДЕБНОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА ПО ГПК РК**

Порядок извещения сторон о времени и месте судебного заседания закреплены в Главе 11 ГПК РК «Судебные извещения и вызовы» и, в частности, в статье 127, которая тоже называется «Судебные извещения и вызовы».

Во избежание различного толкования приведу эту статью целиком:

«Статья 127. Судебные извещения и вызовы

1. Лица, участвующие в деле, их представители, а также свидетели, эксперты, специалисты и переводчики извещаются о времени и месте судебного заседания или совершения отдельного процессуального действия и вызываются в суд судебными повестками.

2. Лица, участвующие в деле, а также свидетели, эксперты, специалисты и переводчики могут быть извещены или вызваны заказным письмом с уведомлением о его вручении, телефонограммой или телеграммой, а также с использованием иных средств связи, обеспечивающих фиксирование извещения или вызова.

3. Извещения и вызовы должны быть направлены не позднее следующего дня со дня вынесения определения о подготовке дела к судебному разбирательству либо со дня назначения даты судебного разбирательства с таким расчетом, чтобы извещаемое или вызываемое лицо имело достаточный срок для своевременной явки в суд и подготовки к делу.

4. Извещение или вызов направляется извещаемому или вызываемому лицу по адресу, абонентскому номеру сотовой связи или электронному адресу, указанному стороной или другим лицом, участвующим в деле. Если по сообщенному суду адресу лицо фактически не проживает, извещение или вызов могут быть направлены по месту его работы. Извещение или вызов, адресованные юридическому лицу, направляются по месту его нахождения.

Лица, участвующие в деле, вправе опубликовать в средствах массовой информации сообщение о времени, дате и месте судебного разбирательства по делам, по которым извещаемые и вызываемые лица не являются в суд.

5. Надлежащее извещение стороны – извещение, полученное одним из совершеннолетних членов семьи стороны, другим лицом, проживающим по указанному адресу, направленное заказным

письмом с уведомлением о его вручении, телефонограмма или телеграмма, а также отчет, подтверждающий доставку текстового сообщения по абонентскому номеру сотовой связи или электронному адресу, или с использованием иных средств связи, обеспечивающих фиксирование извещения или вызова, если не будет доказано, что такое извещение не поступило либо поступило позднее.

6. Предусмотренные настоящей статьей формы судебных извещений применяются и по отношению к субъектам, указанным в части пятой статьи 23 настоящего Кодекса, если иной порядок не установлен международным договором, ратифицированным Республикой Казахстан».

В соответствии со статьей 127 (6) ГПК РК предусмотренные статьей 127 ГПК РК формы судебных извещений применяются и по отношению к субъектам, указанным в части пятой статьи 23 ГПК РК, если иной порядок не установлен международным договором, ратифицированным РК.

В статье 23 (5) установлено:

«5. Судам подведомственны дела с участием иностранцев, лиц без гражданства, иностранных организаций, а также с участием международных организаций, если иное не предусмотрено законом, международными договорами, ратифицированными Республикой Казахстан, или соглашением сторон».

Из этого следует вывод, что статья 127 ГПК РК применима и к иностранным юридическим лицам.

### **65.3. РАСПРОСТРАНЯЕТСЯ ЛИ НА СУДЕБНЫЕ ИЗВЕЩЕНИЯ ПОРЯДОК, ПРИМЕНИМЫЙ К СУДЕБНОМУ ПОРУЧЕНИЮ?**

В статье 476 ГПК РК закреплено:

«Суды Республики Казахстан могут обращаться к иностранным судам с поручениями об исполнении отдельных процессуальных действий».

5. Порядок сношений судов Республики Казахстан с иностранными судами определяется законом и международными договорами, ратифицированными Республикой Казахстан, либо на основе взаимности.

6. Инструкция, детализирующая применение законодательства об оказании судами Республики Казахстан правовой помощи и обращения за правовой помощью к судам иностранных государств, утверждается органом, осуществляющим организационное и материально-техническое обеспечение деятельности судов».

В соответствии с Инструкцией об оказании судами РК правовой помощи и обращении за правовой помощью к судам иностранных государств, утвержденной Приказом Руководителя Департамента по обеспечению деятельности судов при Верховном Суде РК

(Аппарата Верховного Суда РК) от 11 мая 2016 года №6001-16-7-6/196, судебное поручение должно быть направлено Администратору судов при Верховном Суде РК, если иное не предусмотрено международным договором, не менее чем за 6 месяцев до дня рассмотрения дела.

В отношении стран, с которыми заключен Договор о правовой помощи, действуют нормы этого Договора. В частности, в соответствии со статьей 2 Договора между Республикой Казахстан и Турецкой Республикой о правовой помощи по гражданским делам «обе Договаривающиеся Стороны назначают власти для оказания друг другу правовой помощи в соответствии с настоящим Договором. Центральной властью со стороны Турецкой Республики является Министерство юстиции. Центральной властью со стороны Республики Казахстан является Министерство юстиции».

Следует отметить, что, как вытекает из статьи 476 (4) ГПК РК, целесообразность обращения к иностранным судам за правовой помощью целиком зависит от усмотрения суда. Он может обратиться за правовой помощью, а может и не обратиться. В случаях направления извещения о дате и времени судебного заседания такой необходимости, как правило, не возникает. Суд может воспользоваться теми формами извещения, которые предусмотрены в статье 127 ГПК РК.

В Комментариях к статье 127 Гражданского процессуального кодекса говорится:

«6. Судебные повестки и другие документы, адресованные гражданам Республики Казахстан, временно проживающим за границей, работающим за пределами Республики в казахстанских или иностранных учреждениях, а также проживающим вместе с ними членам их семей, направляются через центральные ведомства и учреждения, которые командировали этих граждан на работу, а также через посольства или консульства Республики Казахстан.

При вызове в районный и приравненный к нему суд гражданина иностранного государства суд составляет поручение об оказании правовой помощи по выполнению процессуальных и иных действий на территории другого государства в письменной форме на соответствующем бланке, подписывает и заверяет гербовой печатью районного суда.

Поручение об оказании правовой помощи по мотивированному ходатайству районного суда направляется в Департамент по обеспечению деятельности судов при Верховном Суде Республики Казахстан (аппарат Верховного Суда Республики Казахстан) через его территориальные органы, которые, в свою очередь, решают вопрос о направлении поручения об оказании правовой помощи в компетентное учреждение другого государства (статьи 74, 75 ГПК РК).

Извещение ответчика о времени и месте судебного разбиратель-



ства в иностранном суде должно быть подтверждено документом об извещении»<sup>1</sup>.

С таким комментарием я не могу согласиться. Авторы Комментария приравнивают судебные извещения к судебным поручениям. Между тем это далеко не так. Извещение не относится к тем действиям суда, которые закон обычно относит к судебным поручениям.

В статье 74 ГПК РК, которая называется «Судебное поручение», закрепляется:

«1. Суд, рассматривающий дело, в случае удовлетворения ходатайства лица, участвующего в деле, о необходимости обеспечения (сбора, исследования) доказательств, находящихся в другом городе или районе, поручает соответствующему суду произвести определенные процессуальные действия.

2. Суд, рассматривающий дело, в случае удовлетворения ходатайств лиц, участвующих в деле, о необходимости обеспечения (сбора, исследования) доказательств, находящихся в другом государстве, с которым Республика Казахстан имеет договор об оказании правовой помощи по гражданским делам, направляет судебное поручение в соответствии с положениями этого договора.

3. В определении о судебном поручении кратко излагаются существо рассматриваемого дела, сведения о сторонах, указываются обстоятельства, подлежащие выяснению, доказательства, которые должен собрать суд, выполняющий поручение. Это определение обязательно для суда, которому оно адресовано. Определение о судебном поручении обжалованию, опротестованию не подлежит».

Анализ этой статьи показывает, что:

(1) судебное поручение используется в случаях необходимости обеспечения (сбора, исследования) доказательств по ходатайствам лиц, уже участвующих в деле;

(2) судебное поручение может быть направлено судам только тех государств, с которыми РК имеет договор об оказании правовой помощи.

Как отмечено в Комментарий к статье 74 ГПК РК:

«В случае отсутствия договора об оказании правовой помощи по гражданским делам между Казахстаном и государством, на территории которого находится доказательство, суд отказывает в удовлетворении ходатайства о направлении судебного поручения»<sup>2</sup>.

Однако эта формула не может быть применена к извещению о дате и месте судебного заседания. Ведь с очень многими государствами у Казахстана нет договоров о правовой помощи. Получает-

<sup>1</sup> См.: Комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Республики Казахстан // Библиотека Верховного Суда Республики Казахстан. Алматы, 2016.

<sup>2</sup> См.: Комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Республики Казахстан // Библиотека Верховного Суда Республики Казахстан. Алматы, 2016.

ся, что иностранным субъектам этих государств суды Казахстана не могут посылать извещения в том случае, если они могут посылаться только как судебные поручения? Ясно, что такая ситуация немыслима.

Это противоречит и здравому смыслу. Если каждое извещение ответчикам или другим привлекаемым в дело лицам оформлять как судебное поручение и ждать не менее 6 месяцев в каждом случае, судебные процессы с участием иностранцев в Казахстане окажутся просто-напросто парализованными.

Кроме того, надо иметь в виду, что статья 127(1) гласит:

«1. *Лица, участвующие в деле, их представители, а также свидетели, эксперты, специалисты и переводчики извещаются о времени и месте судебного заседания или совершения отдельного процессуального действия и вызываются в суд судебными повестками*».

Можно видеть, что в статье проводится четкое различие между извещением о времени и месте судебного заседания и извещением о совершении отдельного процессуального действия. В соответствии со статьей 74 ГПК РК к судебным поручениям относится только совершение отдельных процессуальных действий. Следовательно, извещение о времени и месте судебных заседаний к судебным поручениям не относится. Во всяком случае, суд не обязан любое извещение о времени и месте судебного заседания оформлять как судебное поручение.

#### **65.4. СПОСОБЫ НАПРАВЛЕНИЯ СУДЕБНОГО ИЗВЕЩЕНИЯ**

Согласно статье 127 (2) лица, участвующие в деле, могут быть извещены заказным письмом с уведомлением о его вручении, телефонограммой или телеграммой, а также с использованием иных средств связи, обеспечивающих фиксирование извещения.

В соответствии со статьей 127 (4) ГПК РК извещение направляется извещаемому лицу по адресу, абонентскому номеру сотовой связи или электронному адресу, указанному стороной или другим лицам, участвующим в деле. Извещение, адресованное юридическому лицу, направляется по месту его нахождения.

Согласно статье 129 ГПК РК, которая называется «Доставка судебной повестки или иного извещения»:

«1. Судебная повестка или иное извещение доставляются по почте заказным письмом с уведомлением или лицами, которым судья это поручает, либо путем направления текстового сообщения в электронном виде на абонентский номер сотовой связи или электронный адрес, или с использованием иных средств связи, обеспечивающих фиксирование извещения или вызова. Время вручения повестки или иного извещения адресату отмечается на

корешке повестки или копии иного извещения, подлежащих возврату в суд.

2. Судья может с согласия лица, участвующего в деле, выдать ему на руки повестку или иное судебное извещение для вручения другому извещаемому или вызываемому по делу лицу.

3. Лицо, которому поручено доставить судебную повестку или иное извещение, обязано возвратить в суд корешок повестки или копии иного извещения с указанием даты вручения и распиской адресата в их получении.

4. Судебная повестка или иное извещение считаются доставленными при соблюдении требований настоящей главы и если не доказано обратное».

Из статьи 129 ГПК РК вытекает три важных вывода:

(1) извещение может быть доставлено самыми различными способами, лишь бы оно было получено адресатом;

(2) судья может поручить лицу, участвующему в деле, передать извещение другому извещаемому лицу (то есть истец может направить ответчику извещение о дате и месте судебного заседания);

(3) в ГПК РК предусмотрена презумпция того, что извещение считается доставленным при соблюдении требований главы 11 ГПК РК. Это означает, что извещение считается доставленным, если иное не доказано в суде лицом, которому отправлено извещение.

*Статья 130 (1) ГПК РК закрепляет:*

*«Судебная повестка или иное извещение, адресованные юридическому лицу, вручаются его представителю или соответствующему лицу, выполняющему управленческие функции, сотруднику охранной службы либо другому работнику вызываемого, извещаемого лица, который расписывается на корешке повестки или на копии иного извещения о получении с указанием своей должности, фамилии и инициалов.*

*Судебная повестка или иное извещение считаются доставленными юридическому лицу по месту его нахождения, даже если юридическое лицо отсутствует по указанному адресу».*

Из приведенной статьи вытекает, что извещение может быть вручено любому работнику юридического лица, и такое извещение будет считаться надлежащим. Более того, извещение будет считаться доставленным юридическому лицу по месту его нахождения, даже если юридическое лицо отсутствует по указанному им адресу.

Таким образом, суд может направить лицу, участвующему в деле, извещение о дате и времени судебного заседания тремя способами:

(1) вручить судебную повестку или послать извещение по почте, электронным путем или другим способами, указанными в главе 11 ГПК РК;

(2) поручить лицу, участвующему в деле, передать извещение другой стороне;

(3) при наличии ходатайства одной из сторон и по своему усмотрению выдать судебное поручение суду государства, в котором находится другая сторона судебного разбирательства, в соответствии с Договором о правовой помощи (через Министерства юстиции обеих стран).

По одному конкретному делу о признании и приведении в исполнение в Турецкой Республике Суд г. Стамбула отказал в приведении в исполнение решения суда г. Астаны. Однако, судя по представленным по данному делу материалам, руководители турецкой компании были в курсе о проходящем в г. Астане судебном заседании. Это вытекает и из решения Суда г. Стамбула, в котором при изложении позиции ответчика говорится: «когда ответчику стало известно о рассматриваемом деле». Из этого вытекает, что руководители компании знали о судебном разбирательстве. А узнать об этом они могли только из направляемых ей уведомлений.

Согласно статье 129 (4) судебная повестка или иное извещение считаются доставленными при соблюдении требований главы 11 ГПК и если не доказано обратное. То есть действует презумпция надлежаще доставленного уведомления, если не доказано иное. Ответчик должен доказать, что он не получал извещений. Поскольку истец отправлял уведомления с соблюдением всех требований главы 11 ГПК РК, все уведомления будут считаться надлежаще отправленными до тех пор, пока не будет доказано обратное. Ни ответчик, ни Суд г. Стамбула обратное не доказали. Поэтому с точки зрения казахстанского законодательства все извещения, отправленные турецкой компании, являются надлежаще отправленными и надлежаще полученными.

С точки зрения казахстанского законодательства извещение считается надлежаще отправленным, если оно послано на адрес места нахождения юридического лица (статья 127 (4) ГПК РК).

Не имеет значения, кто указан в уведомлении – исполнительный орган или любой другой работник, с которым поддерживались контакты. Главное, чтобы оно дошло по адресу. Не имеет также значения, кто принял извещение. Это может быть любой работник юридического лица. Это прямо записано в статье 130 (1) ГПК РК.

В приведенном выше деле Суд г. Стамбула признал направление одного из извещений недействительным на том основании, что оно было направлено лицу, который является миноритарным акционером. По мнению Суда г. Стамбула, направление извещения миноритарному акционеру не может рассматриваться как направление компании.

Однако, как уже отмечалось выше, в соответствии с казахстанским законодательством извещение юридического лица считается

надлежаще отправленным, если оно направлено в адрес места нахождения юридического лица. Правильность данного адреса в этом деле не отрицалось никем: ни ответчиком, ни Судом г. Стамбула.

В данном случае не имело никакого значения, что это лицо было миноритарным акционером. Дело в том, что он одновременно был Председателем Совета директоров компании, то есть представителем управленческих органов юридического лица. Я не могу ссылаться на нормы турецкого законодательства об акционерных обществах, но в Казахстане Совет директоров является органом управления акционерного общества согласно статье 33 Закона РК от 13 мая 2003 года №415-III «Об акционерных обществах». Это лицо являлось представителем органов управления юридического лица.

Но даже если бы это было не так, достаточно было того, что оно является работником компании. Следовательно, согласно статье 130 (1) ГПК РК, извещение считается надлежаще полученным.

#### 65.5. ГААГСКАЯ КОНВЕНЦИЯ 1965 ГОДА

Конвенция о вручении за границей судебных и внесудебных документов по гражданским или торговым делам (Гаага, 15 ноября 1965 г.) была ратифицирована Казахстаном Законом от 22 июля 2015 года №338-V ЗРК со следующими заявлениями Республики Казахстан:

«1) в соответствии с частью третьей статьи 5 Конвенции документы, подлежащие вручению, принимаются, если только они составлены на казахском и (или) русском языках или сопровождаются переводом на указанные языки;

2) ходатайство о восстановлении срока, указанное в статье 16 Конвенции, не подлежит удовлетворению, если оно подано по истечении одного года со дня вынесения судом решения».

Указом Президента РК от 26 апреля 2016 года №241 в качестве центрального органа от Республики Казахстан в соответствии с Конвенцией был определен Департамент по обеспечению деятельности судов при Верховном Суде Республики Казахстан (аппарат Верховного Суда Республики Казахстан).

Основной порядок направления судебных документов в Конвенции определен как направление их через центральные органы направляющего и принимающего государства (статьи 2-7 Конвенции). Такой способ предусмотрен в ГПК РК для судебных поручений, как было показано выше. Таким способом могут по усмотрению суда отправляться и судебные извещения.

Однако в Конвенции предусмотрены и альтернативные способы отправки судебных документов.

Это, во-первых, отправление через дипломатические и консульские каналы (статьи 8-9 Конвенции).

И, во-вторых, в ст. 10 Конвенции закреплено, что «если запрашиваемое Государство не заявляет возражений, настоящая Конвенция не препятствует:

а) возможности непосредственно посылать по почте судебные документы лицам, находящимся за границей,

б) возможности судебных и иных должностных лиц или других компетентных лиц запрашивающего Государства осуществлять вручение судебных документов, прибегая непосредственно к услугам судебных и иных должностных лиц или других компетентных лиц запрашиваемого Государства,

с) возможности любого лица, участвующего в судебном разбирательстве, осуществлять вручение судебного документа, непосредственно прибегая к услугам судебных и иных должностных лиц или других компетентных лиц запрашиваемого Государства».

Таким образом, законодательством Договаривающегося Государства может быть предусмотрен альтернативный способ доставки судебных извещений непосредственно лицам, находящимся за границей, как это предусмотрено в ГПК РК.

## 65.6. ЕЩЕ РАЗ О ПРИМЕНИМОМ ПРАВЕ

В начале этой статьи я достаточно убедительно, на мой взгляд, показал, что порядок и способы судебного извещения регулируются правом Казахстана. И это справедливо для отправки судебного извещения и признания его надлежаще отправленным. В частности, справедливо утверждение, что судебное извещение может быть в соответствии с законодательством Казахстана отправлено в адрес юридического лица любому работнику юридического лица и это извещение будет считаться надлежаще отправленным.

Однако есть еще процедура получения судебного извещения. И здесь возникают определенные вопросы в отношении применимого права.

Право Казахстана не может регулировать правила выдачи почтовых отправок в другой стране. Там действуют правила приема почтовых отправок этого государства.

Например, в Казахстане действуют Правила предоставления услуг почтовой связи, утвержденные Постановлением Правительства РК от 16 января 2012 года №72. В соответствии с этими Правилами:

«89. Регистрируемые почтовые отправления, почтовые переводы денег выдаются адресату, его законному представителю или поверенному при предъявлении одного из следующих документов, удостоверяющих личность адресата или его представителя:

1) удостоверения личности; 2) паспорта; 3) вида на жительство иностранца в Республике Казахстан; 4) удостоверения лица без гражданства; 5) дипломатического паспорта; 6) служебного паспорта; 7) паспорта моряка; 8) военного билета для военнослужащих».

Из этого пункта Правил совершенно очевидно вытекает, что все почтовые отправления, в том числе полученные из-за рубежа, подчиняются данным Правилам, являющимся актом законодательства РК. И никакое право иного государства применено быть не может.

Аналогичная ситуация существует и во всех других странах. То есть приходится сделать вывод, что к выдаче сторонам судебных извещений применяется не право Казахстана, а право той страны, юридическому лицу которой направлено судебное извещение. Однако с точки зрения казахстанского законодательства и для целей конкретного судебного процесса, независимо от того, как будет осуществляться приемка судебного извещения по законодательству принимающей стороны, отправление будет считаться надлежаще отправленным и надлежаще полученным, если будут выполнены требования главы 11 ГПК РК «Судебные извещения и вызовы».

В статье 15 Гаагской конвенции 1965 года закреплено, что «в случае если судебная повестка или эквивалентный документ подлежал направлению за границу в целях вручения, в соответствии с положениями настоящей Конвенции, и ответчик в суд не явился, суд откладывает вынесение решения до тех пор, пока не будет установлено:

а) что документ вручен в порядке, предусмотренном законодательством запрашиваемого Государства для вручения или доставки совершенных в нем документов лицам, находящимся на его территории».

Таким образом, Конвенция прямо предусматривает, что к выдаче судебных документов получателю применяется право страны места нахождения этого получателя.

## Глава 66. ГОСУДАРСТВЕННАЯ ПОШЛИНА И ДОСТУПНОСТЬ ПРАВОСУДИЯ: ВЗАИМОСВЯЗЬ И ВЗАИМОВЛИЯНИЕ

---

### 66.1. ДОСТУПНОСТЬ ПРАВОСУДИЯ И СУДЕБНАЯ ПОШЛИНА

Доступность правосудия (доступность судебной защиты) означает обеспеченную законом возможность беспрепятственно обратиться в суд за защитой своего нарушенного права и получить такую защиту. В то же время чрезмерная доступность к правосудию на практике приводит к чрезмерной загруженности судов и засилью необоснованных исков.

Размер и порядок оплаты государственной судебной пошлины может в какой-то степени регулировать соотношение между доступностью правосудия и количеством исков, в том числе необоснованных, в судах.

В юридической литературе существует мнение, что размер государственной пошлины должен находиться в большей зависимости от объема финансирования судебной системы и должен быть достаточным, чтобы обеспечить эффективное правосудие.

По мнению С.Г. Пепеляева, пошлины взимаются ради покрытия без убытка, но и без чистого дохода издержек учреждения, в связи с деятельностью которого взимается пошлина<sup>1</sup>. Т.В. Егорова считает, что экономически целесообразно, чтобы размер государственной пошлины являлся ощутимым для плательщика и был приближен к стоимости судебного разбирательства для федерального бюджета<sup>2</sup>.

Такая точка зрения вызывает вполне обоснованные возражения. В состав судебных расходов не следует включать расходы, производимые государством на содержание судебной системы (зарплаты судьям, содержание помещений, пересылку почты, бумагу и др.). Данные расходы оказывают влияние на стоимость судебного разбирательства, но главное, – не являются заранее фиксированными, что противоречит самой сути государственной пошлины. Размер судебной пошлины не зависит от сложности судопроизводства в отличие от издержек, связанных с рассмотрением дела, конечный объем которых и может подсказать, во сколько же действительно «обошлось» конкретно рассматриваемое дело. Следовательно, со-

<sup>1</sup> См.: Налоговое право: Учебник / Под ред. С.Г. Пепеляева. М., 2004. С. 28-29.

<sup>2</sup> См.: Егорова Т.В. Судебные расходы в арбитражном процессе: Дис... канд. юрид. наук. Саратов, 2011. С.76.



отнесение размера государственной пошлины со «стоимостью» судебного разбирательства представляется нелегкой задачей ввиду того, что указанная сумма становится известна только по завершении рассмотрения дела.

Важно заметить, что, с одной стороны, низкий размер государственной пошлины действительно не стимулирует мирное урегулирование споров и использование альтернативных способов защиты права. Отсутствие угрозы взыскания в случае проигрыша значительных судебных расходов, в состав которых включена и сумма уплаченной государственной пошлины, не способствует воспрепятствованию заведомо необоснованных обращений в суд за защитой злоупотребления правами. В то же время высокий размер государственной пошлины, даже сопоставимый со стоимостью затрат на судопроизводство, может стать препятствием на пути реализации права на судебную защиту<sup>1</sup>.

Из проведенного в России анализа поступлений от государственной пошлины, взимаемой судами в период 2015-2018 гг., видно, что госпошлина смогла «компенсировать» государству лишь 17% всех расходов (примерно 1/6). Для сравнения, в Англии пошлиной ежегодно покрывается примерно 80% расходов на судебную систему. Бывали там и случаи, когда доходы превышали расходы<sup>2</sup>.

В Казахстане, так же как и в России и других странах СНГ, вопросы государственной пошлины кодифицированы и содержатся в НК РК и ГПК РК. Между тем даже в странах континентального права институт судебной пошлины не является комплексно урегулированным.

Так, в **Германии** вопросы уплаты судебной пошлины регулируются следующими актами: Гражданский процессуальный кодекс Германии (Zivilprozessordnung – ZPO); Акт о государственной (судебной) пошлине (Gerichtskostengesetz – GKG); Акт о судебных расходах (Kostenordnung – KostO). В **Италии** размеры и порядок уплаты судебной пошлины регулируются: Президентским декретом от 30.05.2002 г. №115. В **Нидерландах судебная** пошлина установлена: Министерскими актами регулирования тарифов по гражданским делам. Во **Франции** вопросы уплаты судебной пошлины регулируются следующими актами: Гражданский процессуальный кодекс Франции; Коммерческий кодекс Франции; Акт №77-1468 от 30.12.1977 г.; Декрет №2007-812 от 10.05.2007.

Ещё сложнее стоит проблема «прозрачности» регулирования порядка определения размера и уплаты судебной пошлины в **Англии**, где, несмотря на то, что базовые правила несения судебных

<sup>1</sup> См.: Шмотин К.С. Судебные расходы в гражданском судопроизводстве: Дис. ...канд.юрид.наук. М., 2018. С. 75-78.

<sup>2</sup> См.: Шмотин К.С. Указ. соч. С. 108-109.

расходов содержатся в Правилах гражданского судопроизводства (ПГС), более конкретное регулирование содержится в многочисленных подзаконных актах и поправках к ним, как, например: Приказ о расходах по гражданскому судопроизводству от 2004 г. (а также отдельные поправки к нему от 2006 г.); Приказ о расходах по гражданскому судопроизводству №2 от 2007 г. (а также отдельные поправки к нему от 2009 и 2013 гг.)<sup>1</sup>.

## 66.2. РАЗМЕР СУДЕБНОЙ ПОШЛИНЫ

Британские власти решили, что правосудие стоит слишком дешево, и в марте 2015 г. они подняли пошлины на подачу судебных исков. Рост тарифов составил от 600 % до 1000 % для споров разных категорий. Это затрудняет доступ частных лиц и малого бизнеса к правосудию, забеспокоились британские юристы и представители малого бизнеса. Они опасаются, что в попытке сократить нагрузку на суды на выходе Великобритания получит судебную систему для избранных. Впрочем, по сравнению с другими странами британцам не о чем волноваться – по данным ресурса [Worldjusticeproject.org](http://data.worldjusticeproject.org/) (<http://data.worldjusticeproject.org/>) в 2015 году Соединенное Королевство заняло 8-е место по эффективности правосудия, опередив Бельгию, Францию и США. Но и там главным камнем преткновения для желающих решить вопрос через суд остается стоимость разбирательств. В разных странах мира она сильно варьируется.

В **Великобритании** для подачи иска требуется уплатить пошлину, размер которой варьируется от 35 фунтов до 10 000 фунтов. Однако необходимо учесть, что в английских судах, кроме уплаты пошлины за подачу искового заявления, также облагаются пошлинами подача отдельных процессуальных документов в ходе судебного разбирательства. Так, для рассмотрения апелляционной жалобы в Окружном суде необходимо уплатить пошлину в размере 140 фунтов, а в Верховном Суде – 240 фунтов.

В **Германии** размер госпошлины определяется в соответствии с законом в зависимости от цены иска. Максимальная цена иска для расчета пошлины 30 млн евро. Для соблюдения принципа равноправия перед судом суд может предоставить малоимущим помощь на ведение дела или снизить цену иска. Помощь на ведение дел в суде охватывает и оплату адвокатских услуг.

Что касается **Франции**, то до 1 января 2014 года, чтобы обратиться в суд любой инстанции, необходимо было приобрести гербовую марку, которая стоила 35 евро. Однако сейчас обращение в суд стало бесплатным. Средняя стоимость обращения для разрешения коммерческих споров варьируется в разных регионах и составляет в среднем 70-90 евро для обеих сторон.

---

<sup>1</sup> См. об этом: Шмотин К.С. Указ. соч. С. 79-81.

В США в зависимости от штата меняется цена иска. Так, в некоторых штатах сама подача иска бесплатна, а в некоторых пошлина все же снимается. Она также зависит от суммы требований, вида дела, категории суда и прочих факторов, но в среднем минимальная сумма может составить \$250-300. Прибавить надо и услуги адвоката, которые варьируются от \$50 до нескольких тысяч долларов в час, а также оплату экспертиз и свидетельств экспертов, добавляет он. Здесь ценник может быть в пределах от нескольких сотен долларов до нескольких тысяч в зависимости от характера дела<sup>1</sup>.

На другом конце «шкалы комфортности» находится, например, **Турция**. Там нередко складывается уникальная ситуация, при которой сумма платежей суду превышает сумму гонорара, взимаемого юридическими фирмами международного уровня. Хотя размер пошлины сам по себе невелик, однако при подаче иска истец уплачивает депозит 5% от суммы иска, который во время рассмотрения дела хранится на счете суда. При отказе в иске большая его часть возвращается; при удовлетворении иска он обращается в доход бюджета, но истец может его взыскать с ответчика. Таким образом, при неплатежеспособности ответчика истец, выигравший дело, не только ничего не получает, но и теряет 5 % от суммы иска.

В **Российской Федерации** размер уплаты судебной пошлины находится в прямой зависимости от цены иска. Общий размер судебной пошлины возрастает вместе с ценой иска, но вместе с тем сами ставки уменьшаются в обратной пропорции, то есть являются регрессивными.

Таким образом, при рассмотрении дел как судами общей юрисдикции, так и арбитражными судами законодатель зафиксировал и минимальный, и максимальный размер уплаты судебной пошлины в твердом размере. Данную меру можно признать положительной, поскольку она призвана обеспечить определенность при исчислении «стоимости» своего права на обращение в суд, независимо от размера исковых требований, а также гарантировать доступность, не дав пошлине достичь очевидно неподъемных размеров.

Подобная система существует и в **Германии**, где в 2004 году была проведена реформа, направленная на совершенствование института судебных расходов, в частности на обеспечение простоты и прозрачности при уплате судебной пошлины. Судебные расходы, как и представительские расходы, по общему правилу, определяются двумя факторами: ценой иска, а также стадией (инстанцией) рассмотрения дела и типом судопроизводства. Все существующие нормативно правовые акты о расходах содержат специальные таблицы и графики, по которым судебные и представительские рас-

<sup>1</sup> См.: Доступное правосудие: сколько стоит суд в разных странах мира. <https://pravo.ru/review/view/124276/>

ходы могут быть четко подсчитаны. Система направлена на то, чтобы предсказать стоимость судопроизводства максимально точно и в то же время проинформировать о «цене риска» в случае проигрыша дела.

Как можно видеть, несмотря на различия в ставках, общий принцип взимания и подсчета судебной пошлины в России и Германии схож и базируется на цене иска. К странам с пропорциональным принципом формирования судебной пошлины относятся также Франция, Португалия, Ирландия, Китай, Япония и другие.

В большинстве указанных государств общая сумма судебной пошлины, формируемой благодаря пропорциональной ставке, составляет не слишком большой процент от цены иска. Так, например, в **Китае** в 2005 году была проведена реформа по обеспечению доступа к судебной защите для малообеспеченных слоев населения (главным образом, крестьян), в соответствии с которой был принят принцип формирования судебной пошлины, схожий с тем, что используется в Российской Федерации. Например, при сумме иска до 50 тыс. юаней (1 юань примерно равен 9.50 руб. по усредненному курсу 2018 г.) используется фиксированная ставка пошлины от 1 тыс. до 8 тыс. юаней. Если сумма иска выше, то к этой базовой ставке прибавляется определенный процент от суммы иска в обратной пропорции: 8%, 5%, 4%, 3%, 2%, 1%, 0.5%. Исходя из этого, принцип формирования судебной пошлины в Китае является достаточно прозрачным, а относительно ряда азиатских государств (Япония, Таиланд и др.) ставки являются не очень высокими.

Вместе с тем подобным образом положение дел обстоит не во всех зарубежных странах. Так, в ряде стран размер «входной» судебной пошлины практически идентичен цене иска, например, в **Эстонии, Литве и Чехии**. В ряде стран размер судебной пошлины может даже превышать сумму исковых требований, как например, в Австралии, Дании и особенно в Венгрии и Сингапуре.

В **России** распространена также и фиксированная (простая) пошлина, которая уплачивается при подаче исковых заявлений, которые не подлежат оценке. Например, при обращении в суды общей юрисдикции базовая ставка судебной пошлины составляет 300 руб. – для физических лиц и 6000 руб. – для организаций.

В ряде европейских стран фиксированная ставка судебной пошлины применяется и по делам, где исковое заявление подлежит оценке. Так, в **Бельгии** базовая ставка судебной пошлины по большинству категорий исковых заявлений для граждан составляет 82 евро. Примечательно то, что процессуальное законодательство Бельгии во многом копирует французское. То же самое можно сказать и о регулировании судебных расходов. Так, подобно Франции, в гражданском судопроизводстве Бельгии отсутствует входная судебная пошлина. Вместе с тем она не отсутствует вовсе. Так, судебными по-

шлинами облагаются отдельные процессуальные действия, а упомянутая выше базовая ставка судебной пошлины «за услуги суда по разрешению дела» взимается при вынесении окончательного судебного акта по делу. Если окончательный судебный акт выносится судом проверочной инстанции, то судебная пошлина взимается именно этим судом с учетом прибавления к базовой ставке также и суммы судебной пошлины за пересмотр дела. Например, в апелляции ставка судебной пошлины составит 186 евро, что в два с лишним раза больше, чем ставка пошлины в суде первой инстанции.

Следует отметить, что в тех государствах, где ставки судебных пошлин являются высокими не только относительно цены иска, но и в целом, проповедуется принцип, согласно которому стороны должны максимально компенсировать государству те затраты, которые были им понесены на выполнение своих функций по отправлению правосудия по конкретному делу. В то же время на сегодняшний момент практически не существует государств (в ряде случаев за исключением Англии, Сингапура и др.), где за счет судебной пошлины покрывались бы все государственные расходы на судебную систему.

Также очень важно учесть, что высокие ставки входной судебной пошлины в перечисленных выше странах являются следствием не только экономических интересов государств, но также и стремлением побудить стороны использовать альтернативные способы урегулирования споров. В таких государствах, как **Англия, Дания, Нидерланды, США**, на достаточно высоком уровне развиты такие институты, как третейское разбирательство, арбитраж, медиация и т.д., при помощи которых разрешить возникшую спорную ситуацию возможно с гораздо меньшими затратами, нежели в государственном суде. Обращение в государственный суд в указанных юрисдикциях рассматривается как следствие неспособности разрешения конфликта иным способом. В **Японии**, например, разбирательство дела в государственном суде рассматривается даже как исключение, поскольку в стране существует множество административных процедур, общественных организаций, комиссий и т.д., целью которых является именно внесудебное урегулирование, что пользуется обширным спросом как со стороны граждан, так и со стороны организаций. Если же альтернативные пути исчерпаны, то лица должны быть готовы понести соответствующие расходы за оказание государством услуг по отправлению правосудия.

Подобная картина показывает, что даже в рамках европейского сообщества не существует единого подхода к вопросу о размере и порядке уплаты судебной пошлины, что может говорить о том, что еще существует ряд неразрешенных проблем на пути к построению общеевропейского суда и унификации понимания вопросов обеспечения доступности правосудия.

Установление зависимости судебной пошлины от цены иска имеет как свои достоинства, так и недостатки. С одной стороны, это позволяет получать государству больше дохода при отправлении правосудия по более крупным и сложным делам. С другой стороны, крупная цена иска вовсе не означает, что дело на 100 млн будет сложнее при рассмотрении, чем дело на 1 млн: вполне распространены ситуации, когда всё обстоит ровно наоборот. Также дело на более крупную сумму иска вовсе не влечет за собой особое отношение суда к этому делу, более детальное его рассмотрение и, соответственно, и большую ответственность судьи. Более того, предполагается, что дела на совершенно разные суммы иска должны рассматриваться судом в одинаковой степени объективно, беспристрастно и всесторонне.

Из этого следует, что ставки судебных пошлин в проверочных инстанциях не находятся в зависимости от размера исковых требований, всегда строго определены, заранее известны и равны несмотря на категорию рассматриваемого дела и даже на вид судопроизводства.

**Россия** – одна из немногих стран, где используется уменьшенная ставка судебной пошлины при обжаловании судебных актов в вышестоящие инстанции. Подобный метод используется в **Болгарии, Латвии и Румынии**, где ставки судебных пошлин в проверочных инстанциях равны 50% пошлины, уплаченной при обращении в суд первой инстанции.

Многие же государства придерживаются подхода, что деятельность проверочных инстанций не может быть «оценена» ниже, чем деятельность суда первой инстанции. В большинстве европейских государств, в частности в **Австрии, Нидерландах, Дании, Германии и Бельгии**, подача апелляционных жалоб сопровождается уплатой госпошлины в большем размере по сравнению с первой инстанцией. В основном размер этой пошлины также привязан к размеру первоначальных исковых требований и не является фиксированным. Вместе с тем в Испании, например, обращение в каждую последующую судебную инстанцию облагается пошлиной, вдвое превышающей пошлину, уплаченную в предыдущей инстанции (апелляция – 300 евро, кассация – 600 евро).

В то же время в таких странах, как **Франция и Люксембург**, судебная пошлина отсутствует вовсе не только в первой, но и в последующих инстанциях. Однако такое положение касается только некоммерческих споров. «Золотую середину» в этом отношении определило законодательное регулирование в **Италии, Греции, Польше и Чехии**, где судебные пошлины по многим категориям дел во всех инстанциях являются равными.

Стоит отметить, что в большинстве перечисленных государств ставки судебной пошлины разнятся в зависимости от категории дела. По делам «социальной важности», как, например, по семейным, тру-

довым и спорам, связанным с здравоохранением, ставки пошлин значительно меньше, чем по другим категориям дел. Вместе с тем такая градация по делам сохраняется также и в проверочных инстанциях, поэтому привести в пример какую-либо единую или хотя бы усредненную ставку представляется весьма проблематичным<sup>1</sup>.

В **Украине** с 1 января 2018 г. изменились ставки судебного сбора. Это произошло в соответствии с Законами Украины «О судебном сборе» и «О Госбюджете Украины на 2018 год» – в связи с привязкой величины сбора к прожиточному минимуму для трудоспособных граждан, который в нынешнем году увеличился с 1600 до 1762 (с 596 до 656) гривен. Итак, за подачу иска имущественного характера юридическим лицам придется платить от 1762 (656 евро) до 616 700 гривен (23 тыс. евро) а физическим лицам – от 704, 80 (126 евро) до 8810 (326 евро) гривен. Подача иска неимущественного характера юридическим лицам обойдется в 1762 гривни, а физическим лицам – в 704, 80 гривни. Чтобы подать в суд заявление о разводе, придется заплатить 704, 80 гривни, если же при этом предполагается раздел имущества, цена подачи иска составит от 704, 80 до 5286 гривен (196 евро). Тем же, кто захочет защитить в суде свои честь и достоинство, подача соответствующего иска обойдется в 704, 80 гривни. А если же при этом вы хотите получить компенсацию морального ущерба, судебный сбор составит от 2643 гривни (98 евро) (вместо 1600 гривен (59 евро) в прошлом году). Кроме того, существенно повысились суммы судебного сбора за подачу апелляции (заявления о пересмотре решения) или кассации (отмены судебного решения). Так, в первом случае это будет стоить заявителю 528, 6 (20 евро) – 2643 гривни (98 евро) (ранее 352 – 1760 гривен) (65 евро), а во втором – 704, 80 (26 евро) – 3 524 гривни (130 евро) (вместо 384 (14 евро) – 1 920 гривен (71 евро) в прошлом году).

#### Таблица установленных судебных пошлин в различных странах

Страна	Стоимость разрешения споров
<b>Россия</b>	До 100 тыс. руб. – 4 % цены иска, но не менее 2 000 руб. От 100 001 руб. до 200 тыс. руб. – 4 000 руб. + % суммы, превышающей 100 000 руб. От 200 001 руб. до 1 млн руб. – 7 000 руб. + 2% суммы, превышающей 200 000 руб. От 1000 001 рубля до 2 млн руб. – 23 000 руб. +1 % суммы, превышающей 1 млн. руб. Свыше 2 млн руб. – 33 тыс. руб. +0,5 % суммы, превышающей 2 млн руб., но не более 200 тыс. руб. в соответствии с НК РФ Вторая инстанция – 3000 руб.

<sup>1</sup> См.: Шмотин К.С. Указ.соч. С. 83-96.

<b>Германия</b>	Минимальная пошлина – 15 евро До 500 евро – 35 евро До 2000 евро – для каждых следующих 500 евро увеличивается на 18 евро До 10 000 евро – для каждой следующей 1000 евро увеличивается на 19 евро До 25 000 евро – для каждых следующих 3000 евро увеличивается на 26 евро Более 500 000 евро – для каждых следующих 50 000 евро увеличивается на 180 евро
<b>Великобритания</b>	До £ 300– £35 Более £300, но не превышая £500 – £50 Более £500, но не превышая £1500 – £80 Более £1500, но не превышая £3000 – £115 Более £3000, но не превышая £5000 – £205 Более £5000, но не превышая £10 000 – £455 Более £10 000, но не превышая £200 000 – £5% Более £200 000 – £10 000
<b>Австрия</b>	От 150 до 35 000 евро – от 22 до 707 евро От 35 000 до 70 000 евро – 1389 евро От 70 000 до 280 000 евро – от 2779 до 5560 евро От 280 000 до 350 000 евро – от 5560 до 6949 евро Свыше 350 000 евро – 1,2 % от суммы иска + 2987 евро
<b>Франция</b>	В гражданских судах пошлины не взимаются В коммерческих судах размер пошлины определяется самим коммерческим судом в каждом регионе (к примеру, Париж – 89 евро, Ницца – 70 евро, Лион – 83 евро)
<b>Китай</b>	Менее 10 000 юаней; От 10 000 до 100 000 юаней – 2.5% стоимости иска От 100000 до 200 000 – 2 % стоимости иска От 200 000 до 500 000 юаней – 1.5% стоимости иска От 500 000 до 1 млн юаней – 1% стоимости иска Более 20 млн юаней – 0,5 % стоимости иска
<b>Испания</b>	От 0 до 1 000 000 € – 0, 5 % от суммы иска Более 1 000 000 € – 0, 25 % от суммы иска, но не более 6 000 € <sup>1</sup>

Государства – члены СНГ подписали Соглашение о размере государственной пошлины и порядке ее взыскания при рассмотрении хозяйственных споров между субъектами хозяйствования разных государств от 24 декабря 1993 года (по состоянию на 10 декабря 2010 года).

В соответствии со статьей 2 Соглашения в целях обеспечения

<sup>1</sup> См.: Доступное правосудие : сколько стоит суд в разных странах мира. <http://advokat28.info/novosti/109-dostupnoe-pravosudie-skolko-sto...>



при разрешении споров равной возможности для судебной защиты прав и законных интересов хозяйствующих субъектов, находящихся на территориях разных государств, установлены следующие ставки государственной пошлины при обращении в суд другого государства (в рублях Российской Федерации):

до 10 тыс. рублей – 3 % от цены иска; свыше 10 тыс. рублей – 300 рублей + 2, 5 % от суммы до 50 тыс. рублей свыше 10 тыс. рублей; свыше 50 тыс. рублей – 1 тыс. 300 рублей + 2 % до 100 тыс. рублей от суммы свыше 50 тыс. рублей; свыше 100 тыс. рублей – 2 тыс. 300 рублей + 1,5 % от до 500 тыс. рублей суммы свыше 100 тыс. рублей; свыше 500 тыс. рублей – 8 тыс. 300 рублей + 1 % от до 1 млн рублей суммы свыше 500 тыс. рублей; свыше 1 млн рублей – 13 тыс. 300 рублей + 0,5 % от суммы свыше 1 млн рублей.

С искового заявления неимущественного характера взимается государственная пошлина в размере, эквивалентном 500 рублям, если законодательством государства, где предъявляется иск, не установлен меньший размер государственной пошлины.

С заявлений о пересмотре решений (постановлений) суда взимается государственная пошлина: по спорам имущественного характера – в размере 50 % от суммы государственной пошлины, исчисленной исходя из оспариваемой заявителем суммы, но не менее 250 рублей;

по спорам неимущественного характера – в размере 50 % от суммы государственной пошлины, подлежащей уплате при подаче искового заявления неимущественного характера.

### 66.3. ЛЬГОТЫ ПО УПЛАТЕ СУДЕБНОЙ ПОШЛИНЫ

Почти в каждой стране существуют более или менее многочисленные льготы по уплате судебной пошлины для тех или иных юридических и физических лиц.

К подобным льготам можно отнести также отсрочку и рассрочку уплаты судебной пошлины.

Порядок отсрочки и рассрочки уплаты судебных расходов нашел свое отражение в зарубежном законодательстве, например в **Англии**<sup>1</sup> и **Германии**<sup>2</sup>. Интересно заметить, что, с одной стороны, данные нормы там получили более подробную проработку. С другой стороны, они распространяются на меньший круг субъектов. Так, право на отсрочку и рассрочку в этих странах имеют только самые бедные слои населения и безработные. Тем не менее и для данных категорий лиц получение тех или иных льгот может соста-

<sup>1</sup> См.: *Кудрявцева Е.В.* Гражданское судопроизводство Англии. М.: Городец, 2008. С. 193.

<sup>2</sup> См.: *Давтян А.Г.* Гражданское процессуальное право Германии. М.: Городец, 2000. С. 314-320.

вить определенные трудности. Так, в обеих странах существуют особые порядки определения имущественного положения лица, которые заключаются в заполнении многочисленных тестов, получении справок из кредитных учреждений, социальных и правоохранительных органов. И только собрав необходимый комплект доказательств, можно надеяться, что судья предоставит льготу на оплату пошлины. Также необходимо периодически подтверждать неизменность своего статуса. Поскольку рассчитывать на полное освобождение от уплаты расходов можно только в исключительных случаях, по усмотрению судьи, сторонам так или иначе приходится компенсировать всю стоимость дорогостоящего судебного процесса, о чем утверждается соответствующий график. В целом же, нормы о льготах и прочих послаблениях при уплате судебных расходов во многих зарубежных странах находятся только в стадии своего развития и пока не являются полноценной гарантией для всеобщего доступа к правосудию.

В данном контексте определенное исключение представляет законодательство **Испании**, где существует судебная процедура по предоставлению «бесплатного правосудия». Под бесплатным правосудием понимается система процессуальных гарантий, обеспечивающая гражданам с низким имущественным статусом возможность обратиться в суд. К числу таких гарантий относятся: освобождение от судебных расходов, предоставление бесплатной квалифицированной юридической помощи, возможность ведения дела с помощью государства (в лице прокуристов). Предусматриваются две правовые возможности предоставления заинтересованному лицу права на бесплатное правосудие. В первом случае у конкретного гражданина предполагается наличие права на бесплатное правосудие в силу закона. Стороне надлежит лишь представить документы, подтверждающие, что по своему социальному и имущественному статусу она подпадает под основания, установленные Испанским ГПК. Судья при этом не имеет никаких полномочий по усмотрению, если установлен факт попадания лица в категорию малообеспеченных. Второй случай – более сложный, он предусматривает возможность предоставления бесплатного правосудия в ходе особой процедуры, когда отсутствуют основания для безусловного права на бесплатное правосудие. Стороне, претендующей на бесплатное правосудие, требуется доказать в так называемом дополнительном производстве наличие особых обстоятельств, при которых судья может предоставить право на бесплатное правосудие. Дополнительное производство осуществляется одновременно и параллельно с основным процессом, не препятствуя движению последнего.

Сторонником введения данного института в Российской Федерации является Т.В. Сахнова, которая отмечает, что: «законодатель-

ное закрепление подобных процедур способствовало бы воплощению идеи справедливого судебного процесса в процессуальной «ткани» закона»<sup>1</sup>.

#### 66.4. СУДЕБНАЯ ПОШЛИНА В КАЗАХСТАНЕ

В соответствии со ст. 102 ГПК РК судебные расходы состоят из государственной пошлины и издержек, связанных с производством по делу. Порядок уплаты и размер государственной пошлины, а также основания освобождения от ее уплаты определяются Кодексом Республики Казахстан «О налогах и других обязательных платежах в бюджет» (Налоговый кодекс; ст. 103 ГПК РК).

Согласно статье 607 Налогового кодекса РК (НК РК) государственной пошлиной является платеж в бюджет, взимаемый за совершение юридически значимых действий, в том числе связанных с выдачей документов (их копий, дубликатов) уполномоченными государственными органами или должностными лицами.

**Ставки государственной пошлины в судах установлены ст. 610 НК РК:**

1. С подаваемых в суд исковых заявлений, заявлений особого искового производства, заявлений (жалоб) по делам особого производства, заявлений о вынесении судебного приказа, заявлений о выдаче дубликата исполнительного листа, заявлений о выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение решений арбитража и иностранных судов, заявлений о повторной выдаче копий судебных актов, исполнительных листов и иных документов государственная пошлина взимается в следующих размерах:

1) если иное не установлено настоящим пунктом, с исковых заявлений имущественного характера:

для физических лиц – 1 процент от суммы иска;

для юридических лиц – 3 процента от суммы иска;

2) с жалоб на неправомерные действия (бездействие) и решения государственных органов и их должностных лиц, ущемляющие права физических лиц, – 0,3 МРП<sup>2</sup>;

3) с жалоб на неправомерные действия (бездействие) и решения государственных органов и их должностных лиц, ущемляющие права юридических лиц, – 5 МРП;

4) с заявлений об оспаривании уведомлений по актам проверок и (или) уведомлений по результатам горизонтального мониторинга:

для индивидуальных предпринимателей и крестьянских или

<sup>1</sup> См.: *Сахнова Т.В.* Курс гражданского процесса: теоретические начала и основные институты. М.: Волтерс Клувер, 2008. С. 49.

<sup>2</sup> Размер месячного расчетного показателя (МРП) на 2021 г. составляет 2917 тенге.

фермерских хозяйств – 0,1 процента от оспариваемой суммы налогов, таможенных платежей и платежей в бюджет (включая пени), указанных в уведомлении, но не более 500 МРП;

для юридических лиц – 1 процент от оспариваемой суммы налогов, таможенных платежей и платежей в бюджет (включая пени), указанных в уведомлении, но не более 20 тысяч МРП;

5) с исковых заявлений о расторжении брака – 0,3 МРП;

В случаях раздела имущества при расторжении брака пошлина определяется от цены иска согласно подпункту 1) настоящего пункта;

6) с исковых заявлений о разделе имущества при расторжении брака с лицами, признанными в установленном порядке безвестно отсутствующими или недееспособными вследствие душевной болезни или слабоумия, либо с лицами, осужденными к лишению свободы на срок свыше трех лет, – согласно подпункту 1) настоящего пункта;

7) с исковых заявлений об изменении или расторжении договора найма жилища, о продлении срока принятия наследства, об освобождении имущества от ареста и с других исковых заявлений неимущественного характера или не подлежащих оценке, – 0,5 МРП;

8) с заявлений особого искового производства, заявлений (жалоб) по делам особого производства, за исключением указанных в подпунктах 2), 3), 4) и 13) настоящего пункта, – 0,5 МРП;

9) с ходатайств об отмене решений арбитража – 50 процентов от размера государственной пошлины, взимаемой при подаче искового заявления неимущественного характера в суд Республики Казахстан, а по спорам имущественного характера – 50 процентов от размера государственной пошлины, взимаемой при подаче искового заявления имущественного характера в суд Республики Казахстан и исчисленной исходя из оспариваемой заявителем суммы;

10) с заявлений о вынесении судебного приказа – 50 процентов от ставок государственной пошлины, указанных в подпункте 1) настоящего пункта;

11) с заявлений о выдаче дубликата исполнительного листа, заявлений о выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение решений арбитража и иностранных судов – 5 МРП;

12) с заявлений о повторной выдаче копий (дубликатов) судебных решений, приговоров, определений, прочих постановлений судов, а также копий других документов из дела, выдаваемых судами по просьбе сторон и других лиц, участвующих в деле, – 0,1 МРП за каждый документ, а также 0,03 МРП за каждую изготовленную страницу;

13) с заявлений о признании юридических лиц банкротами,

применении реабилитационной процедуры, применению ускоренной реабилитационной процедуры – 0,5 МРП;

14) с исковых заявлений физических лиц о взыскании в денежном выражении компенсации морального вреда, причиненного распространением сведений, порочащих честь, достоинство и деловую репутацию, – 1 процент от суммы иска;

15) с исковых заявлений юридических лиц о взыскании убытков, причиненных распространением сведений, порочащих деловую репутацию, – 3 процента от суммы иска.

2. С ходатайств о пересмотре судебных актов в кассационном порядке на определения по вопросам отмены решений арбитража и выдачи исполнительных листов на принудительное исполнение решений арбитража и иностранных судов, решения и постановления судов по спорам неимущественного и имущественного характера государственная пошлина взимается в размере 50 процентов от соответствующей ставки государственной пошлины, установленной в пункте 1 настоящей статьи при подаче искового заявления (заявления) по таким спорам.

3. За иски, содержащие одновременно требования имущественного и неимущественного характера, взимается одновременно государственная пошлина, установленная для исковых заявлений имущественного характера и для исковых заявлений неимущественного характера.

В статье 616 НК РК содержится громадный список лиц, которые освобождаются от уплаты государственной пошлины в судах (30 позиций).

## **66.5. ИСПОЛЬЗОВАНИЕ МЕЖДУНАРОДНОГО ОПЫТА В КАЗАХСТАНЕ**

1. Необходимо найти разумный баланс между доступностью правосудия и чрезмерной загруженностью судов, в том числе и из-за большого количества необоснованных исков. Учитывая зарубежный опыт, необходимо поднять размер ставок государственной пошлины в судах.

2. При этом следует, на мой взгляд, дифференцированно подходить к искам физических лиц, с одной стороны, и искам индивидуальных предпринимателей и юридических лиц – с другой. То есть разграничить бытовые и коммерческие иски.

Для этого в подпункте 1) п.1 ст. 610 НК РК необходимо выделить три категории истцов:

- для физических лиц (кроме индивидуальных предпринимателей) – например, 1-2 процента от суммы иска;
- для индивидуальных предпринимателей;
- для юридических лиц;

Для индивидуальных предпринимателей и юридических лиц можно использовать ставки, понижающиеся с увеличением цены иска, как это установлено в регламентах почти всех арбитражей. Скажем, для индивидуальных предпринимателей начальной ставкой сделать 3 процента от суммы иска с дальнейшим понижением по мере увеличения цены иска до 1 процента. Для юридических лиц – 6 процентов с понижением до 3 процентов.

Необходимо также резко повысить размер госпошлины, взыскиваемой в твердой сумме, с заявлений о расторжении брака и с заявлений по искам неимущественного характера.

3. Как показывает зарубежный опыт, повышение размера судебной пошлины будет ограничивать доступность правосудия, но в то же время оно будет способствовать развитию альтернативных способов разрешения споров: медиации и арбитражного разбирательства. Это будет еще одним, дополнительным и положительным, последствием повышения ставок судебной пошлины.

4. Надо продумать возможность установления верхнего предела суммы государственной пошлины, как это сделано в ряде стран, в частности, в России – 200 тыс. рублей. 200 тыс. рублей (примерно больше миллиона тенге), конечно, маловато, но какой-то верхний предел можно просчитать.

5. Следует скорректировать размер и порядок оплаты госпошлины в кассационном производстве, воспользовавшись, например, опытом России. Там в 2019 г. были внесены поправки Верховного суда в Налоговый кодекс, уточняющие размер государственной пошлины за кассационное обжалование судебного приказа, а также за обжалование определения об отказе в принятии заявления о выдаче судебного приказа.

Госпошлина за надзорную жалобу будет оплачиваться без указания на перечень судебных актов, на которые подается жалоба. Ее размер при этом законодатели уравниют с госпошлиной, подлежащей уплате при подаче обычного искового заявления неимущественного характера в арбитражный суд. Сегодня суммы государственных пошлин по таким делам составляют, как правило, 50 % от сумм государственных пошлин, уплачиваемых по делам обычного искового производства.

Важное изменение закона гласит, что если вынесенный судебный приказ по делу был впоследствии отменен, заявителю не надо полностью уплачивать государственную пошлину за обращение с иском заявлением по этому делу, так как ранее уплаченная государственная пошлина за выдачу судебного приказа по делу подлежит в этом случае зачету<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> См.: <https://www.pnp.ru/social/2017/03/22/poryadok-uplaty-i-zachyota...>

Можно воспользоваться этим опытом применительно к кассационному производству<sup>1</sup>.

6. Не существует прямой зависимости размера судебной пошлины от цены иска. Цена иска не имеет прямой зависимости от сложности и длительности рассмотрения самого дела. Суды должны рассматривать все поступившие дела в равной степени всесторонне и объективно, а это значит, что уплата судебной пошлины в большем размере по делам одинаковой сложности, но с разной ценой иска не может быть обусловлена каким-либо особым вниманием или усердием со стороны суда. В результате этого мы имеем ситуацию, когда лица имеют неравные возможности для обращения за судебной защитой. Представляется более логичным и справедливым установление судебных пошлин в равном размере в зависимости от категории дела (видов судопроизводства – приказное, упрощенное, особое и т.д.). В перспективе, при учете экономической ситуации в стране, представляется допустимой и частичная отмена судебной пошлины по определенным категориям дел, как это реализовано в ряде европейских стран.

7. Представляется, что не существует каких-либо принципиальных преград для изменения законодательства с целью установления порядка уплаты судебной пошлины по итогу рассмотрения дела на той стадии, на которой распределяются судебные издержки. Более того, при таком регулировании бремя уплаты пошлины возможно возложить сразу на ту сторону, не в чью пользу было вынесено решение суда. Представляется, что объединение стадий по уплате пошлины и возмещению издержек способно не только упростить работу суда, но и дополнительно гарантировать возможность обратиться за судебной защитой, т.к. сторона не будет связана необходимостью по предварительному сбору средств<sup>2</sup>.

Также примечателен опыт **Бельгии** и **Финляндии**, в которых судебная пошлина уплачивается не перед началом процесса, а по его окончании, а ее размер зависит от стадии, на которой завершилось судопроизводство. Подобный механизм можно было бы использовать и у нас, поскольку преимуществ у него больше, чем недостатков. Во-первых, это позволит не ставить право на обращение с иском в суд в зависимость от уплаты пошлины и материального положения стороны; во-вторых, это позволит упростить процедуры, связанные с судебными расходами, а именно: не разбрасывать этапы уплаты/доплаты пошлины и возмещения издержек по раз-

<sup>1</sup> Предложения по установлению верхнего предела государственной пошлины и возврату государственной пошлины в кассационном производстве высказывались и в казахстанской юридической литературе (см.: *Бахыт Тужулов*. Применение судебного прецедента в Казахстане уже не за горами: обзор изменений, предлагаемых Верховным Судом РК в гражданское процессуальное законодательство. <https://www.zakon.kz/4972500-primeneniye-sudebnogo-pretsedenta...>

<sup>2</sup> См.: *Шмотин К.С.* Указ. соч. С. 127-129.

ным стадиям процесса, а объединить их в одну единую процедуру; в-третьих, это позволило бы возложить бремя судебных расходов сразу на ту сторону, которая проиграла судебный процесс<sup>1</sup>.

## 66.6. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

И в заключение отметим, что какие бы изменения мы ни производили в отношении повышения или понижения ставок судебной пошлины, необходимо иметь в виду Рекомендацию Комитета Министров Совета Европы относительно путей облегчения доступа к правосудию от 14 мая 1981 г.<sup>2</sup>:

«D. Судебные издержки

11. Принятие к судопроизводству не должно оговариваться уплатой стороной государству какой-либо денежной суммы, размеры которой неразумны применительно к рассматриваемому делу.

12. В той степени, в которой судебные издержки являются явным препятствием для доступа к правосудию, их следует, по возможности, сократить или аннулировать. Следует пересмотреть систему судебных расходов с точки зрения её упрощения».

---

<sup>1</sup> См.: *Шмотин К.С.* Указ. соч. С. 116-117.

<sup>2</sup> См.: Рекомендация Кабинета министров Совета Европы от 14 мая 1981 г. NR (81) 7 «Комитет министров – государствам – членам относительно путей облегчения доступа к правосудию»// Российская юстиция. 1997. №6. С. 4.



## Глава 67. ОПРЕДЕЛЕНИЕ КРИТЕРИЕВ ОЦЕНКИ КАЧЕСТВА СУДЕБНЫХ РЕШЕНИЙ В КАЗАХСТАНЕ И ЗА РУБЕЖОМ

---

### 67.1. КРИТЕРИИ ОЦЕНКИ КАЧЕСТВА СУДЕБНОГО РЕШЕНИЯ В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН И В ДОКТРИНЕ

Основными критериями оценки качества судебного решения является соблюдение при его вынесении законности и обоснованности (ст. 224 ГПК РК).

Под **законностью** в доктрине гражданского процессуального права понимается правильное применение судом, разбирающим гражданское дело, норм материального и процессуального права.

В соответствии с п. 2 ст. 427 ГПК РК:

«2. Нормы материального права считаются нарушенными или неправильно примененными, если суд:

- 1) не применил закон, подлежащий применению;
- 2) применил закон, не подлежащий применению;
- 3) неправильно истолковал закон».

Под **обоснованностью** решения понимаются полнота и доказанность обстоятельств, имеющих существенное значение для дела, а также соответствие выводов суда, указанных в решении, обстоятельствам, установленным в судебном решении<sup>1</sup>.

Обоснованность судебного решения охватывает три взаимосвязанных элемента:

1) обстоятельства дела, имеющие юридическое значение для его разрешения, что напрямую отсылает к правильному определению предмета доказывания по делу;

2) доказательства по делу, которые могут быть положены в основу судебного решения только при соблюдении предусмотренных законом правил и процедур их получения и исследования;

3) выводы суда из анализа установленных обстоятельств, подтвержденных исследованными доказательствами<sup>2</sup>.

Аналогичные определения содержатся в п.5 Нормативного постановления Верховного Суда РК от 11 июля 2003 г. №5 «О судебном решении»:

---

<sup>1</sup> См., например: *Кориунов Н.М., Мареев Ю.Л.* Гражданский процесс: Учебник для вузов. М.: Изд-во НОРМА, 2006. С. 381-382.

<sup>2</sup> См.: Судебные акты в арбитражном процессе / Под ред. проф. И.В. Решетниковой. М., 2009. С. 24.

«5. Согласно статье 224 ГПК решение суда должно быть законным и обоснованным. Решение является законным тогда, когда оно вынесено с соблюдением норм процессуального права и в полном соответствии с нормами материального права, подлежащими применению к данному правоотношению, или основано на применении в необходимых случаях закона, регулирующего сходное отношение, либо исходит из общих начал и смысла гражданского законодательства и требований добросовестности, разумности и справедливости (статья 5 Гражданского кодекса Республики Казахстан и статья 6 ГПК РК).

Обоснованным считается решение, в котором отражены имеющие значение для данного дела факты, подтвержденные исследованными судом доказательствами, удовлетворяющими требованиям закона об их относимости, допустимости и достоверности, или являющиеся общеизвестными обстоятельствами, не нуждающимися в доказывании, и в совокупности достаточными для разрешения спора».

В каждом судебном решении неизбежно приходится различать его правовую и фактическую стороны. Правовая сторона связана с законностью решения, фактическая – с его обоснованностью. Законность и обоснованность, являясь различными требованиями, предъявляемыми к судебному решению, взаимосвязаны и не должны противопоставляться друг другу. Только точное соблюдение норм и процессуального, и материального права гарантирует установление всех обстоятельств, имеющих значение для дела, т.е. вынесение обоснованного решения.

Кроме законности и обоснованности, в доктрине выделяют такие критерии, как определенность, безусловность и полнота решения.

**Определенность** судебного решения проявляется в категоричном и четком ответе суда на вопрос о том, какие права и какие обязанности принадлежат каждой из сторон.

**Безусловность** решения выражается в четком и исчерпывающем изложении порядка и способов его исполнения, не допускающих установления каких-либо условий, от наступления которых зависело бы исполнение решения.

Цель суда – полностью и окончательно разрешить спор между сторонами, точно определить права сторон по отношению друг к другу. Поэтому решение должно быть **полным**, т.е. содержать ответы на все вопросы, рассмотренные в судебном заседании<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> См.: Коршунов Н.М., Мареев Ю.Л. Указ. соч. С. 382-383.

## 67.2. ИНОСТРАННЫЙ ОПЫТ

**Финляндия.** Большой интерес представляет проект «Оценка качества разрешения дел в судах. Принципы и предлагаемые критерии качества», который был осуществлен в Финляндии в округе Апелляционного суда Рованиemi на протяжении 1999-2005 годов<sup>1</sup>. Проект получил высокую оценку мировой юридической общественности.

Одним из важных разделов проекта является раздел о судебном решении и, в частности, о выборе качественных критериев, связанных с решением суда. Всего их семь. Приведу выдержки из проекта.

Выбор качественных критериев:

1) Первый качественный критерий, связанный с решением суда, заключается в том, что *решение является справедливым и законным* (правильность решения); это одна из самых важных целей судопроизводства. Данный качественный критерий означает, что решение соответствует действующему законодательству и основано только на установленных фактах. Более того, правильность решения должна быть очевидна с первого взгляда.

В связи с тем, что определение того, является ли решение обоснованным и соответствует ли оно закону, во многих случаях затруднено, достижение этого качественного критерия должно оцениваться больше с помощью косвенных характеристик, чем прямых. Можно считать, что решение является справедливым и законным, если, помимо законодательства, при его постановлении была учтена преобладающая судебная практика и иные применимые источники права. Кроме того, в решении должны найти свое отражение специфические характеристики рассматриваемого дела. Достижению качественного критерия способствует также принятие во внимание рекомендаций Проекта качества, связанных с практикой и процессом, и использование их для сравнения с практикой и обыкновениями отдельного судьи.

2) В соответствии со вторым качественным критерием *юридическая мотивировка решения должна убеждать стороны, юристов и ученых в справедливости и законности решения.*

Достижение этого качественного критерия зависит от впечатления, которое складывается у сторон от мотивировочной части решения. Даже если решение является и справедливым, и законным, с точки зрения стабильности правоотношений возникает проблема, если мотивировочная часть решения не способна убедить в этом читающего. Естественно, трудно, даже невозможно,

<sup>1</sup> См. [oikeus.bi>material>attachments>THQltsYKF>principles\\_v](http://oikeus.bi>material>attachments>THQltsYKF>principles_v)

составить мотивировочную часть так, чтобы она убедила в правильности решения каждого. По этой причине для этого качественного критерия группа лиц, чье мнение должно приниматься во внимание, была ограничена сторонами, юристами-профессионалами (судья, прокуроры, адвокаты) и учеными-юристами.

3) Третий качественный критерий, относящийся к судебному решению, заключается в том, что *мотивировка решения должна быть прозрачной*. Наличие открытого гражданского общества требует, чтобы и судебные решения также были открытыми. В этом отношении особенно важна прозрачность мотивировки. Даже если мотивировочная часть решения формально является всеобщим достоянием, открытость не будет подлинной до тех пор, пока в мотивировке решения не будут прямо указываться действительные основания его принятия. Прозрачность также означает, что если всерьез рассматривалось более одного варианта разрешения спора, это нашло отражение в мотивировочной части. Прозрачная мотивировочная часть должна также содержать комментарии в отношении аргументов против принятого решения и указывать, почему аргументы за такой исход дела превалировали в данном случае (за и против).

4) Четвертый критерий качества судебного решения заключается в том, что *мотивировочная часть решения изложена детально и системно*. В ней должно указываться, какие значимые вопросы оспариваются, а какие нет. С учетом этого мотивировочная часть должна быть проблемно-ориентированной. Детально это означает, что в мотивировочной части определены позиции по всем принятым доказательствам и по всем спорным вопросам. Системный подход, в свою очередь, означает, что различные правовые вопросы освещены по отдельности и в логическом порядке.

5) Мотивировочная часть решения – это то место, где судья информирует стороны и общественность о том, как суд воспринял проблемы, поднятые сторонами, и какова была их значимость для разрешения дела. Чтобы исполнить эту роль, *мотивировочная часть решения должна быть понятной*; это пятый критерий качества судебного решения.

В соответствии с этим качественным критерием, в решении должен использоваться такой язык, чтобы даже непосвященный читатель мог без труда понять основную суть решения. Понятность предполагает использование универсального языка. Юридических терминов нужно избегать, или, когда они используются в тексте решения, их значение, по крайней мере, должно быть

объяснено. Понятность решения также может быть улучшена с помощью использования заголовков и последовательной структуры.

б) В соответствии с шестым качественным критерием *решение должно иметь четкую структуру и быть лингвистически и грамматически правильным*. Решение более понятно, когда в его структуре делается разграничение между обстоятельствами дела, представленными доказательствами, мотивировкой и выводом. Кроме того, решение не должно содержать лингвистических или орфографических ошибок и должно быть хорошо написано стилистически. Также нужно обращать внимание на оформление решения.

7) Седьмой, и последний качественный критерий, касающийся судебного решения, относится к объявлению решения, то есть к устному донесению решения до сведения сторон и общественности в случае, когда решение выносится сразу после судебного разбирательства. В соответствии с качественным критерием *решение, прежде всего, должно быть объявлено таким образом, чтобы оно могло быть и было понято*.

В приложении к Проекту была приведена расшифровка качественных критериев. В частности, применительно к судебному решению это означает:

Аспект	Качественный критерий	Описание
Решение	мотивировочная часть	<ul style="list-style-type: none"> <li>· В решении использован такой язык, чтобы даже непосвященный читатель мог без труда понять основную суть решения</li> <li>· Применяется универсальный язык, юридические термины не используются, или их значение объяснено</li> <li>· Понятность решения улучшается с помощью использования заголовков и последовательной структуры</li> </ul>
	решение имеет четкую структуру и является лингвистически и грамматически правильным	<ul style="list-style-type: none"> <li>· В структуре решения ясно проводится разграничение между обстоятельствами дела, представленными доказательствами, мотивировкой и выводом</li> <li>· Решение оправданно лаконично</li> <li>· Решение не содержит лингвистических или орфографических ошибок, и во всех иных отношениях хорошо написано</li> <li>· Обращено внимание на оформление решения</li> </ul>

	<p>решение объявлено таким образом, чтобы оно было понято</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>· Решение не зачитано вслух монотонно, а объявлено с использованием обычного разговорного языка</li> <li>· Заданы вопросы для того, чтобы удостовериться в понимании сторонами решения</li> <li>· Сторонам предоставлена возможность задать вопросы, если они неполно понимают решение</li> <li>· Объявление решения проблемно-ориентировано, при объявлении решения судья смотрит на соответствующую сторону и поддерживает с ней зрительный контакт</li> </ul>
--	---	---

### **Швеция.**

Дискуссия о качестве 1997 г. Широкое обсуждение качества работы судов началось в Швеции еще в 1997 году. Центральная судебная администрация Швеции (Domstolsverket) организовала два однодневных семинара, посвященных значению качества в судебном контексте. Эти семинары посетили судьи из Верховного Административного суда, Апелляционных судов, Апелляционных административных судов, районных судов и административных судов. Кроме того, среди участников семинаров были также представители прокуратуры, адвокаты, представители парламентского омбудсмана и Государственной аудиторской службы (Riksrevisionsverket). Протоколы семинаров были опубликованы в качестве отчета Domstolsverket-Kvalitet I domstolsverksamhet (25 мая 1997 г. №184-1997).

В отчете основные аспекты качества судебной деятельности были разделены на четыре категории: 1) качественные аспекты судебного решения; 2) качественные аспекты, связанные со сроками рассмотрения дел; 3) качественные аспекты обращения с клиентами; и 4) качественные аспекты, связанные с компетентностью и профессиональной подготовкой судей и других работников суда.

Первой характеристикой качественного решения является его правильность с точки зрения соответствия закону. Кроме того, решение должно содержать полное и понятное обоснование, логичное и четкое изложение фактов. В отчете также обращено внимание на внешний облик судебного решения как качественный критерий: качественное решение должно быть приятно для глаза. Более того, кроме соответствия закону, решение должно быть также безупречно с точки зрения языка и правописания.

**Международные организации судей.** Не существует единого подхода к оценке работы судей: такая оценка может считаться обя-

зательным условием судейской независимости в одних странах и абсолютно несовместимой с независимостью судей – в других. Как следует из **Заключения Консультативного совета европейских судей (КСЕС) «Об оценке работы судей, качестве правосудия и соблюдении принципа независимости судей»** (Заключение КСЕС №17), в тех странах, где осуществляется оценка работы судей, применяются различные методы оценки, которые зависят от особенностей формирования судебной системы в данной стране. «Оценка» может включать в себя формальные и структурные системы оценки с применением четко установленных критериев, либо же более неформальные системы сбора данных о качестве работы судьи. Формальная оценка предполагает четко установленную цель, критерии оценки, структуру оценивающего органа и применяемые им процедуры, а также правовые и (или) практические последствия. Неформальная оценка не обладает данными признаками и не всегда имеет непосредственные последствия для судьи, качество работы которого оценивается. Неформальный сбор информации о работе судьи в целях его продвижения по должности также может рассматриваться как один из видов оценки.

Еще один важный принцип заключается в том, что пожизненный срок пребывания судей в должности не может быть поставлен под вопрос в результате неблагоприятной оценки. Согласно рекомендации Комитета Министров Совета Европы «бессрочное пребывание в должности может быть прекращено только в случаях серьезных нарушений дисциплинарного или уголовного закона, или же если судья больше не может выполнять свои функции». Так, результаты рассмотрения дела ни при каких обстоятельствах не могут быть основанием для наказания судьи. Аналогичным образом Рекомендации Киевской конференции предусматривают, что «не следует оценивать работу судей по содержанию их решений или вердиктов (как напрямую, так и на основании статистики об отмене решений)»<sup>1</sup>. В любом случае при оценке основное внимание необходимо уделять методологии, которой пользуется судья в своей работе, а не юридическим достоинствам отдельных решений<sup>2</sup>.

Среди стран – членов Совета Европы 24 страны применяют относительно формальные системы оценки судей (Албания, Австрия, Бельгия, Босния и Герцеговина, Болгария, Хорватия, Эстония,

<sup>1</sup> См.: Рекомендации Киевской конференции по вопросам независимости судебной власти в странах Восточной Европы, Южного Кавказа и Центральной Азии: Судебное управление, отбор и подотчетность судей. Киев, 23-25 июня 2010 г., п.28: <http://www.osce.org/odihr/KyivRec?download=true>.

<sup>2</sup> См.: Международные стандарты независимости, эффективности качества правосудия. Международная комиссия юристов. 17 января 2017 г. [www.icj.org/wp-content/2017/01/Russia-International...](http://www.icj.org/wp-content/2017/01/Russia-International...)

Франция, Грузия, Германия, Греция, Венгрия, Италия, Молдавия, Монако, Нидерланды, Польша, Румыния, Словения, Испания, Македония, Турция, Украина). В этих странах оценка проводится на регулярной основе.

7 стран не используют формальную оценку (Чехия, Дания, Финляндия, Исландия, Люксембург, Норвегия, Швеция, Швейцария, Великобритания). Однако Швеция использует определенные инструменты оценки в целях дифференциации оплаты труда судей, Финляндия и Швеция используют их в процессе обсуждения программ профессионального развития. В Великобритании неформальная оценка используется применительно к рассматриваемому вопросу продвижения судей по службе<sup>1</sup>.

Качество судебного решения принципиальным образом зависит от качества его мотивировки<sup>2</sup>. В то же время решение будет мотивированным только при наличии у судьи достаточного времени для его подготовки. При оформлении судебного решения ни при каких обстоятельствах нельзя пренебрегать надлежащей мотивировкой ради ускорения производства; напротив, надлежащая мотивировка должна считаться «абсолютной необходимостью». Последовательные, четкие, недвусмысленные и непротиворечивые доводы суда должны позволять читателю проследить цепочку умозаключений, на основании которых было вынесено решение.

Мотивировка должна отражать соблюдение судьей принципов, закрепленных Европейским судом по правам человека (ЕСПЧ), в частности, права на справедливое судебное разбирательство. В целях соблюдения принципа справедливого судебного разбирательства мотивировка должна свидетельствовать о том, что все основные вопросы, поставленные перед судьей, были действительно исследованы. В судебном решении должны исследоваться вопросы факта и права, которые лежат в основе спора, а также возражения оппонента. Особо пристального и тщательного рассмотрения требуют жалобы на нарушение прав, гарантированных международно-правовыми договорами в области прав человека. В то же время, «хотя пункт 1 статьи 6 Конвенции предусматривает обязанность судов обосновывать свои решения, это не следует понимать как требование подробно отвечать на каждый довод». Объем данной обязанности может быть разным в зависимости от характера решения. Тем не ме-

---

<sup>1</sup> См.: Саймова Ш.А. Актуальные вопросы эффективности оценки профессиональной деятельности судей. <https://www.zakon.kz/4850463-aktualnye-voprosy-jeffektivnosti-o...>

<sup>2</sup> См.: Международные стандарты независимости, эффективности и качества правосудия. С. 11.



нее, если довод стороны имеет решающее значение для исхода дела, в судебном решении должен содержаться отдельный конкретный ответ на данный довод.

Важно отметить, что при исследовании юридических вопросов суд должен применять положения национального и международного права, включая национальные конституции и практику международных органов и судов других стран, а также опираться на правоведческую литературу. Это предполагает, что судьи обладают надлежащим знанием международного и европейского законодательства и прецедентного права, «с тем чтобы осуществлять свои судебские функции в соответствии с принципом законности, которого придерживаются все демократические страны». При толковании права судьям следует принимать во внимание принцип правовой определенности. В целом, судьи должны последовательно применять право, и любое расхождение со сложившейся судебной практикой должно быть четко обозначено в решении, с приведением соответствующего обоснования.

Великая Хартия Судей предусматривает, что судебные документы и решения должны быть написаны «доступным, простым и ясным языком. По итогам справедливого и публичного заседания судьи должны выносить мотивированные решения, с публичным оглашением в разумные сроки»<sup>1</sup>.

**Заключение №11 Консультативного совета европейских судей «О качестве судебных решений».** Консультативный совет европейских судей (КЕСЕ) для Комитета министров Совета Европы 18 декабря 2008 г. в г.Страсбурге принял Заключение №11 «О качестве судебных решений» (ССЖЕ (2008 Op. №5))<sup>2</sup>.

По мнению КЕСЕ, качество судебных решений является основным фактором, определяющим качество правосудия (п. 2).

Судебное решение высокого качества – это то, которое достигает правильного результата в той степени, насколько позволяют инструменты, имеющиеся в распоряжении судьи, – и этот процесс происходит справедливо, незамедлительно, четко и определенно (п. 3).

Судебное решение направлено не только на разрешение спора между сторонами и определение их правового положения, но часто и на формирование судебной практики, которая может предотвратить возникновение подобных споров в будущем и обеспечить сохранение социального баланса (п. 7).

Качество судебного решения зависит не только от конкретного судьи, но и от ряда разнообразных внешних по отношению к пра-

<sup>1</sup> См.: Консультативный совет европейских судей, Великая Хартия Судей (основополагающие принципы), Страсбург, 17 ноября 2010 г.

<sup>2</sup> Перевод с англ. М.Т. Тимофеева. См.: <https://zakoniros.ru/?p=17171>.

восудию условий, таких как качество законодательства, материальное обеспечение, предоставляемое судебной системе, а также качество юридического образования (п.10).

Качество судебных решений также зависит от внутренних факторов, таких как профессионализм судей, процедуры, управление делами, слушания и неотъемлемые элементы самого решения (п. 20).

Прозрачность и открытость слушаний, а также соблюдение принципа состязательности и равноправия сторон являются необходимой предпосылкой для того, чтобы стороны и широкая общественность правильно восприняли судебное решение (п. 30).

**Обязательные элементы судебного решения.** Все судебные решения должны быть понятными, написаны ясным и простым языком – это является предпосылкой для их правильного понимания сторонами и обществом в целом. Для этого оно должно быть правильно структурировано, а мотивировочная часть должна быть ясной и понятной каждому (п. 32).

Судебные решения должны быть обоснованными. Качество судебного решения принципиально зависит от качества его мотивировки. Надлежащее обоснование является обязательным требованием, которым не следует пренебрегать в интересах ускорения процесса. Надлежащее обоснование требует от судьи уделить определенное время подготовке судебного решения.

Обязанность судов формулировать мотивировочную часть не означает обязанности отвечать на каждый аргумент, выдвинутый сторонами в поддержку своей позиции. Степень подробности должна варьироваться в зависимости от характера решения. В соответствии с практикой Европейского Суда по правам человека объем представляемых доводов зависит от различных аргументов, выдвигаемых сторонами, а также от разных правовых норм, обычаев, доктринальных принципов и судебной практики, касающейся изложения и составления судебных решений в различных странах (п. 41).

Изучение правовых вопросов предполагает применение правовых норм национального, европейского и международного права. В своих доводах следует ссылаться на соответствующие положения конституции и применимого национального, европейского и международного права. Где это приемлемо и может оказаться полезным, а в странах с общей системой права – существенным – могут приводиться ссылки на национальную, европейскую и международную судебную практику, а также на правовую литературу (п. 44).

**Оценка качества судебного решения.** Консультативный совет подчеркивает, что какой-либо способ оценки качества судебных ре-

шений не должен влиять на независимость судебной системы в общем и в индивидуальном смысле (п. 59).

Любая оценка качества судебной системы должна быть направлена исключительно на повышение качества судебных решений, а не служить лишь бюрократическим средством и не ограничиваться им. Это не инструмент внешнего контроля над судебной системой (п. 61).

Консультативный совет напоминает, что оценку качества правосудия, то есть качества работы судебной системы в целом и отдельного суда или группы судов, не следует путать с оценкой профессиональных способностей конкретного судьи, которая служит другим целям (п. 62).

Консультативный совет подчеркивает (особенно при использовании количественных и качественных статистических показателей), что желательно комбинировать разные методы оценки, связанные различными качественными показателями и источниками данных. Ни один метод не должен превалировать над другими. Методы оценки могут быть допустимы при условии их глубокой научной разработанности, грамотности, тщательности подготовки и изложения в доступной манере. Кроме того, система оценки не должна подвергать сомнению легитимность судебных решений (п. 68).

Консультативный совет приветствует рассмотрение и оценку судебных решений самими судьями. Консультативный совет поощряет также участие в оценке «внешних» лиц (например, адвокатов, прокуроров, профессоров права, граждан, государственных и негосударственных общественных организаций) при условии, что полностью обеспечена независимость судебной системы. Такая внешняя оценка не должна использоваться в качестве метода, ограничивающего судебную независимость или целостность судебного процесса. Первым пунктом в оценке судебных решений должна быть оценка доступности своевременной и эффективной процедуры обжалования (п. 70).

Кроме того, ограниченное количество обжалований и случаев успешного обжалования может стать объективно оцениваемыми и относительно достоверными показателями качества. Тем не менее Консультативный совет подчеркивает, что ни количество обжалований, ни количество случаев успешного обжалования не могут прямо отражать уровень качества обжалуемых судебных решений. Успешное обжалование может быть не более чем иным способом оценки сложных вопросов судьей апелляционной инстанции, решение которого могло бы быть пересмотрено, если бы дело было направлено в суд еще более высокого уровня (п. 74).

**Основные выводы и рекомендации Заключения №11.** Надлежащее ведение процедуры, правильное применение правовых принципов и оценка фактических обстоятельств дела, а также исполнимость являются ключевыми элементами, обеспечивающими высокое качество судебного решения.

11. k) Решение должно быть четким, изложено ясным и простым языком, но каждый судья должен быть свободен в выборе своего собственного стиля или использования стандартных образцов.

12. l) Консультативный совет рекомендует, чтобы судебные власти составляли сборники образцов и примеров для облегчения процесса написания решений.

13. m) Судебные решения должны быть принципиально обоснованными. Их качество принципиально зависит от качества их обоснования. Мотивировочная часть может включать толкование правовых принципов, при этом обеспечивая правовую определенность и последовательность. Однако в случае, если суд решает отступить от предыдущей судебной практики, об этом должно быть ясно указано в судебном решении.

14. n) Консультативный совет рекомендует разработку механизма, приемлемого для правовых традиций каждой страны, для обеспечения доступа в вышестоящие суды.

15. o) Допустимо высказывание судьями особых мнений, которые могут влиять на качество содержания судебного решения, а также могут способствовать лучшему пониманию решения, развитию права как такового. Эти мнения должны быть образцом обоснованы и подлежат опубликованию.

16. p) Любой приказ, содержащийся в судебном решении или следующий за ним, должен быть изложен ясным языком, исключая двусмысленности, с тем чтобы он мог быть реализован незамедлительно, или в случае, когда это приказ о действии или выплате, произведен немедленно.

17. q) Консультативный совет подчеркивает, что содержание отдельного судебного решения проверяется при помощи процедуры обжалования или пересмотра, обеспечиваемых национальными судами или правом на доступ в Европейский Суд по правам человека.

18. r) Судебная система в целом должна подлежать проверке для оценки качества судебных решений. Следует обратить внимание на длительность, прозрачность и надлежащее проведение процедуры.

19. s) Оценка должна проводиться с соблюдением фундаментальных принципов Конвенции и не может осуществляться лишь в свете соображений экономического и управленческого характера.

20. t) Какой-либо метод оценки качества судебного решения не должен ограничивать независимость судебной системы в целом или ее отдельных элементов, не должен служить бюрократическим средством или заключаться лишь в нем, и не следует путать его с оценкой профессиональных способностей отдельного судьи, которая производится для других целей. Более того, системы оценки не должны подвергать сомнению законность судебных решений.

21. u) Процедура оценки должна быть прежде всего направлена на определение необходимости, если таковая имеется, в изменении законодательства, изменении и совершенствовании судебной процедуры и/или дальнейшего обучения судей и судебного персонала.

22. v) Консультативный совет подчеркивает, что желательно комбинировать различные методы оценки. Методы оценки должны применяться при условии их глубокой научной разработки, грамотности и тщательности подготовки, а способ их отбора должен быть прозрачен.

23. w) Консультативный совет поощряет изучение и оценку судебных решений самими судьями. Консультативный совет одобряет также участие в оценке «внешних» лиц при условии полного обеспечения судебной независимости.

24. x) С помощью своей судебной практики, своей оценки судебной деятельности и ежегодных обзоров вышестоящие суды могут оказывать влияние на качество судебных решений и их оценку, и в этой связи крайне важно, чтобы их судебная практика была ясной и последовательной.

25. y) Оценка качества решений должна быть одним из полномочий Совета по судебной системе, если таковой существует, или иного независимого органа с предоставлением ему тех же гарантий независимости судей, что и у Совета по судебной системе.

**Страны Центральной Азии.** Методология составления судебных решений для стран Центральной Азии<sup>1</sup> была подготовлена в рамках проекта «Платформа верховенства ЕС – Центральная Азия (<http://ruleoflaw.eu>), финансируемого Европейским союзом.

Раздел 2.2. отчета посвящен показателям качества судебных решений. Называются следующие критерии качества:

**Законность.** Выделяются три критерия законности:

1) Законность часто определяется как соответствие судебного акта действующим нормативно-правовым актам. Это действительно так. Но есть проблема, заключающаяся в том, что судья

<sup>1</sup> См.: Антонов М., Паужайте-Кулванскиене. Методология составления судебных решений для стран Центральной Азии, август 2017. [Sudgov.kz>pagebiles>171013\\_metodology\\_final\\_colour\\_web](http://Sudgov.kz?pagebiles>171013_metodology_final_colour_web).

может вынести не соответствующее закону решение, но оно не было отменено и, следовательно, является законным в том смысле, что закон предписывает соблюдать и исполнять это решение. Поэтому первым критерием законности судебного акта будет его соответствие общей практике применения и истолкования примененных или подлежащих применению в таком деле права.

2) Правомочность судьи или вынесенных им судебных актов (нарушения: несоблюдение правил подведомственности и подсудности, облечение в форму, не предусмотренную правом, обстоятельства личной заинтересованности и т.п.). Вторым критерием законности будет отсутствие обстоятельств, которые свидетельствуют о противозаконности судебного акта.

3) Третьим критерием законности будет наличие в нем требуемых законом реквизитов (наименование акта, указание на принявший акт орган, дата постановления, подпись судьи и пр.).

**Юридическая обоснованность** решения нередко смешивается с его законностью. Вместе с тем это хоть и близкие, но отличные друг от друга аспекты. Если законность измеряется соответствием решения по форме и по содержанию действующему законодательству, то обоснованность имеет несколько другое измерение. Это измерение заключается в том, насколько решение суда может быть воспринято как правильное, разумное, справедливое, логичное как со стороны участников процесса, вышестоящих судей, так и в обществе в целом. Иными словами, обоснованность указывает на наличие в решении аргументов, которые могут рассматриваться в качестве убедительных оснований для вынесения именно такого судебного решения в рамках данного правопорядка.

Вместе с тем решение суда должно указывать на мотивы, по которым судья вынес это решение. На практике нередко попадаются законные, но немотивированные решения. Это свидетельствует о том, что суды не полностью выполняют возложенную на них основную общественную функцию восстановления нарушенного социального мира, укрепления режима верховенства права и поддержания правопорядка.

Если судья четко и аргументированно изложит, почему он считает справедливым то или иное наказание, почему он выбирает ту или иную правовую квалификацию спора, почему отвергает одни доказательства и принимает другие, то это, несомненно, послужит укреплению авторитета судебной власти и косвенно будет способствовать развитию правосознания в обществе. Даже если проигравшая сторона не согласится с приведенными судом аргументами, ей придется признать, что принятое решение вынесено не про-

извольно, а является результатом взвешенных и обоснованных рассуждений судьи, и что у проигравшей стороны была возможность эффективно реализовать свое право быть услышанной судом. Эти рассуждения судьи могут стать предметом проверки при обжаловании решения в вышестоящей инстанции, что создаст для проигравшей стороны дополнительные гарантии справедливости и обоснованности вынесенного по ее делу решения (ст. 427 ГПК РК, ст. 339 ГПК Кыргызской Республики, 353 ГПК Республики Таджикистан, ст. 314 ГПК Республики Узбекистан, ст. 353 ГПК Республики Туркменистан).

**Логичность.** Текст юридического документа должен составляться с учетом законов логики (исключение третьего, двойного отрицания и проч.), а также методов логического мышления (дедукции и индукции, анализа и синтеза и т.д.). При вынесении решений судьи могут составлять таблицы истинности или же иным образом проверять последовательность основных аргументов, положенных в основу решения. Например, устанавливая недействительность договора, судья логически должен вывести отсутствие юридической силы у всех положений этого договора и отказать в удовлетворении требований, основанных на таких положениях. Так, если наряду с признанием договора займа недействительным заявлено требование об уплате предусмотренных этим договором процентов на сумму займа, удовлетворение иска в части недействительности договора логически влечет за собой отказ во взыскании процентов по этому договору. Так же при коллизии норм права судья должен выбрать одну применимую к спорным правоотношениям норму согласно коллизионным правилам (*lex specialis*, *lex posterior*, *lex superior*) и отказать в применении других, вступающих с ней в коллизию норм (например, выбрать высшую по юридической силе норму). Иногда судье может потребоваться анализ приоритета этих коллизионных правил, если применительно к конкретным нормам законодательства они расходятся (например, норма специального закона сталкивается с более поздней нормой общего закона). Этот анализ должен осуществляться с учетом применимых положений законодательства и единообразной судебной практики.

**Достоверность.** Этот критерий на практике влечет наибольшее число трудностей. Под достоверностью следует понимать соответствие решения, с одной стороны, фактическим обстоятельствам, в связи с которыми сложились спорные правоотношения, и соответствие интерпретации судьей норм права и положений юридических документов воле создавших эти нормы и документы лиц – с другой.

В фактическом плане достоверность судебного решения, таким

образом, предполагает то, что суд доподлинно установил все факты по делу и провел различие между значимыми и незначимыми фактами, между фактами первостепенной и второстепенной важности. Это ставит перед судом задачу проверки на истинность утверждений сторон о фактах и задачу вынесения суждения о юридической значимости доказываемых сторонами фактов. Поэтому фактически решение суда будет достоверным не только если судом установлены обстоятельства дела, но также при условии, что судом правильно определена значимость этих обстоятельств, а также относимость и допустимость представленных сторонами доказательств.

**Корректность.** Под этим показателем качества можно понимать как лингвистическую, так и терминологическую правильность судебного акта. Возможно, эти показатели не покажутся главными в работе судей по составлению решений, но им также следует уделять особое внимание.

Ошибочные или неоднозначные формулировки фраз в судебных решениях могут привести к тому, что эти решения будут восприниматься как плохие, что, в свою очередь, не будет способствовать укреплению авторитета судебной власти и принципа верховенства права. Даже если искажение смысла отдельных фраз в решении не влияет на то, как судья разрешил дело по существу, такое решение не будет в полной мере выполнять функции восстановления социального мира и укрепления правопорядка, которые были обсуждены выше. Более того, такие ошибки дадут общественности повод усомниться в профессионализме отдельно взятых судей, что косвенно может бросить тень и на весь судейский корпус данного государства. Разумеется, грамматические и орфографические ошибки также могут создавать препятствия для обеспечения мотивированности и логичности судебного решения, поскольку неправильная лингвистическая форма решений никак не будет способствовать их лучшему пониманию. Поэтому этих ошибок следует всячески избегать.

**Идеальные цели и задачи.** От судебного решения в любом обществе люди ожидают разумности и справедливости. Мы легко в этом убедимся, рассуждая от противного: фраза «это судебное решение – хорошее, хотя оно неразумно и несправедливо» будет восприниматься как содержащая смысловое противоречие. Трудно определять содержательные качества решения, которые зависят от логических операций, выполняемых судьями для установления фактов, истолкования норм права и выведения решения на основании закона, поскольку такие решения одновременно включают в себя интеллектуальный аспект (установление фактов, понимание смысла законов, дедуцирование решения из нормы и т.п.) и аспект



волевой (суд выражает от имени государства волю о распределении прав и обязанностей в конкретном деле).

**Нормативные цели и задачи.** В действующем законодательстве вопрос о качестве судебных решений и о тех целях, которые достигаются при помощи обеспечения качественных решений, напрямую не регулируется. Но косвенно ответ на этот вопрос дает нормативное закрепление задач судопроизводства. Например, ст. 4 ГПК РК указывает, что задачами гражданского судопроизводства являются защита и восстановление нарушенных или оспариваемых прав, свобод и законных интересов граждан, государства и юридических лиц, соблюдение законности в гражданском обороте и публично-правовых отношениях, содействие мирному урегулированию спора, предупреждение правонарушений и формирование в обществе уважительного отношения к закону и суду.

В результате анализа законодательных положений можно прийти к выводу, что целями судебного решения следует считать положения, сформулированные законодателем в качестве задач процессуального законодательства или задач судопроизводства (защита и восстановление нарушенных или оспариваемых прав, свобод и законных интересов граждан, государства и юридических лиц и проч.), то есть именно в результате вынесения справедливого судебного решения с соблюдением всех предусмотренных процессуальных правил достигаются цели, установленные законодателем.

В отчете содержатся конкретные и очень развернутые методические рекомендации, определяющие элементы качества итогового судебного решения с подробным раскрытием в отдельных позициях каждого элемента:

1. Судебное решение должно быть справедливым и законным (12 позиций).
2. Судебное решение должно быть убедительным (7 позиций).
3. Судебное решение должно быть прозрачным (7 позиций).
4. Судебное решение должно быть последовательным, а его мотивы достаточными (14 позиций).
5. Судебное решение должно быть ясным и понятным (14 позиций).
6. Судебное решение должно иметь четкую структуру и форму, быть корректным в лингвистическом и правовом отношении (6 позиций).
7. Судебное решение в суде соответствующей инстанции должно отражать особенности суда данной инстанции (13 позиций).

Часть вторая отчета посвящена оценке качества судебных решений

Предлагаются следующие рекомендации:

1. Следует признать, что качество судебных решений не может быть оценено надлежащим образом, если принимать во внимание лишь сугубо правовое значение судебного решения. Следует оценивать всю правовую систему в целом, поскольку, как было указано в первой части настоящих рекомендаций, на качество судебных решений оказывают влияние как внешние, так и внутренние факторы.

2. Любой способ оценки качества судебных решений не должен влиять ни на независимость судебной системы, ни на индивидуальных судей.

3. Рекомендуются применять различные методы оценки качества: оценку деятельности судей, статистическую оценку, оценку судей органами самоуправления.

4. Судьи могут оценивать своих коллег и сами оценивать свою деятельность.

5. Допускается также участие в оценке «внешних» лиц (например, адвокатов, прокуроров, преподавателей юридических факультетов, граждан, национальных или международных неправительственных организаций) при условии, что будет полностью обеспечена независимость судей.

6. Первым пунктом для оценки качества судебных решений должна быть оценка наличия оперативного и эффективного процесса обжалования.

7. С помощью своей судебной практики, своей оценки судебной деятельности и ежегодных обзоров вышестоящие суды могут оказывать влияние на качество судебных решений и их оценку. В таких случаях наиболее важно, чтобы судебная практика была изложена ясно, последовательно и была устойчива. В своих отчетах и разъяснениях вышестоящие суды могут разрабатывать руководящие рекомендации для нижестоящих судов, в которых обращается внимание на применимые в соответствии с их судебной практикой принципы.

8. Оценка качества судебных решений должна быть одним из полномочий Судебного совета, а если таковой в государстве отсутствует, иного органа, входящие в который лица пользуются соответствующими гарантиями независимости судей.

**Российская Федерация.** В Российской Федерации, по данным Института проблем правоприменения (The Institute for the Rule of Law) в составе Европейского Университета в Санкт-Петербурге, подсчет количества отмененных судебных актов является основным методом оценки профессионализма и приводится в качестве центрального аргумента при оценке работы судов. Об этом прямо говорится в обобщениях работы арбитраж-

ных судов и судов общей юрисдикции. Этому способу сегодня нет альтернативы. Любая иная ситуация, когда для оценки качества работы судьи будет использоваться что-либо иное, помимо состоявшегося обжалования, будет вызывать подозрения в ущемлении принципа независимости судей. Это не исключает проведение внутреннего мониторинга и внепроцессуальной ревизии работы судьи.

Внепроцессуальные проверки качества работы судей не соответствуют сущности современного правосудия, где судья уже прошел сложную процедуру отбора и обладает особым статусом. В 2001 году, когда шел активный поиск решений по совершенствованию работы судей, Совет судей высказался против введения особых должностей судей-аудиторов.

В советский период даже была специальная должность ревизора в Минюсте, в обязанности которого входило оценивать деятельность судей. Но сегодня использовать результаты таких проверок практически невозможно, поскольку такой подход противоречит современной доктрине. Современное правосудие исключает малейшие сомнения в ущемлении основных принципов правосудия. Судья выносит решение на основании личного усмотрения и в том случае, если его решение не отменено и вступило в законную силу, то оно законно и обвинения судьи в непрофессионализме недопустимы.

В этих условиях опора на результаты обжалования представляет идеальное и единственное решение для публичной оценки качества работы. Отчасти этот вопрос был раскрыт в правовой позиции Конституционного Суда, изложенной в Постановлении от 18 октября 2011 г. №23-П, согласно которой не допускается постановка вопроса о наличии в действиях судьи состава преступления, предусмотренного ст. 305 УК РФ «Вынесение заведомо неправосудных приговора, решения или иного судебного акта», когда соответствующий судебный акт, вынесенный этим судьей, вступил в законную силу и не отменен в установленном процессуальным законом порядке. Следуя за позицией Конституционного Суда, Высшая квалификационная коллегия судей (ВККС) отметила, что в полномочия квалификационных коллегий не входит проверка законности и обоснованности судебных актов, она может осуществляться лишь в специальных, установленных процессуальным законом процедурах (посредством рассмотрения дела судами вышестоящих инстанций), а иная процедура ревизии судебных актов принципиально недопустима.

Если отмены и изменения судебных актов есть центральный критерий профессионализма судьи, то важна методика подсчета этих показателей. Наиболее распространена практика подсчета

доли отмен и изменений от всех обжалованных судебных актов. В отдельных судах концентрируются только на отменах, а изменения игнорируют. Есть варианты, когда ограничиваются подсчетами отмен только судебных актов, вынесенных по существу дела, без учета «сервисных» решений. Встречаются ситуации, когда решения не по существу дела образуют дополнительный показатель. В отдельных регионах учитывают количество отмен в соотношении с аналогичным показателем предыдущего года, а где-то оценивают долю в сравнении с другими судами/судьями. Бывает, что при оценке качества работы конкретного судьи происходит фильтрация причин отмен. Могут учитываться как дела, так и лица или судебные решения. В некоторых случаях не проговаривается, какая именно методика подсчета использована. Указывается лишь общий показатель качества/стабильности. Встречаются случаи, когда, помимо отмененных и измененных судебных актов, учитывают как отрицательный показатель дела, по которым производство было прекращено, или жалобы, которые были оставлены без рассмотрения.

Иными словами, в России не существует единого правила оценки качества работы судей, что создает большие возможности для манипулирования практикой дисциплинарной ответственности. Правила учета качества работы судьи не имеют единого критерия, они многообразны и представлены множеством практик, и при этом не легитимированы, то есть выработаны неформально на местах.

Популярность оценки качества работы судьи через количество отмен и изменений сочетается с неопределенностью применяемой методики. В каждом конкретном случае включаются механизмы индивидуальной переборки показателей. При желании можно подсчитать все отмены, плюс упомянуть изменения судебных актов, а можно сосредоточиться только на отменах судебных актов, рассматривающих дело по существу. Можно подобрать причины, по которым какие-то отмены не следует расценивать как негативно характеризующие судью, а можно, наоборот, пойти по пути формального подхода и засчитать каждую отмену и даже изменение как свидетельство непрофессионализма судьи.

На практике осознается необъективный характер подхода, при котором каждая отмена рассматривается как минус в работе судьи. При высоких показателях отмены судебных актов возможно автоматическое наступление неблагоприятных последствий как для судьи, так и для целого суда. Поэтому на практике был выработан механизм обнуления слишком жесткого правила учета – это выражается в стремлении вышестоящей инстанции по возможности избегать отмен и изменений судебных актов. Для этого есть особая

терминология «засиливать». Это означает, что в некоторых ситуациях доводы жалобы могут быть состоятельными, но при этом они не будут удовлетворены. Хотя нарушение, на которое указано заявителем в жалобе, реально присутствует, но принимается решение не отменять и не изменять судебное решение. После рассмотрения в суде второй инстанции решение вступает в законную силу. Отсюда и термин «засиливание». Это отражается негативно на имидже судов, так как граждане не получают судебной защиты в полной мере. Одновременно происходит паралич активности вышестоящей инстанции, которая добровольно отказывается от выполнения своей основной функции по управлению судебной практикой. Это приводит к негативным оценкам работы судов проверочной инстанции.

Борьба за удержание показателей вызывает критику, снижает авторитет судов.

Непредсказуемость использования количественных показателей отмен приводит к самонастройке судебной системы с целью минимизировать негативные издержки и выхолащиванию сути процедуры обжалования. Выходом является ревизия методик оценки качества работы судей. Для этого необходима переоценка сущности процессуальной деятельности и глубокая дифференциация причин отмен и изменений судебных актов.

Таким образом, к настоящему моменту ни у общества, ни у судебного корпуса нет четкого понимания критериев оценки качества работы судьи, используемых в рамках дисциплинарной ответственности<sup>1</sup>.

Каким образом законодательство РФ обеспечивает соблюдение критерия законности?

Не в последнюю очередь это связано с теми критериями, которые федеральный законодатель предусмотрел в законе относительно нарушений норм права, являющихся основанием для отмены (изменения) судебных постановлений в порядке надзора.

Ранее ст. 387 ГПК РФ в редакции, действовавшей до Федерального закона от 4 декабря 2007 г. №330-ФЗ, указывала в качестве оснований к отмене или изменению судебных постановлений в порядке надзора существенные нарушения норм процессуального и материального права.

Одним из первых вопросов, который вызвал затруднение на практике после введения в действие ГПК РФ, был вопрос о понимании критерия «существенность» нарушений норм права. В отношении норм материального права такой критерий никогда не при-

<sup>1</sup> Подробнее об этом см.: *Поздняков М.Л.* Критерии оценки качества работы судей и дисциплинарная ответственность. СПб.: ИПП ЕУ СПб, 2014. С. 30-36. [www.enforce.spb>images>issledovaniya>2014.03\\_Mihail-Pozd...](http://www.enforce.spb>images>issledovaniya>2014.03_Mihail-Pozd...)

менялся в законе, а в отношении нарушений норм процессуального права законодатель устанавливал, что любое из нарушений, перечисленных в ст. 307 ГПК РСФСР, являлось основанием к отмене в порядке надзора. Проблема заключалась и в том, что ГПК РФ не раскрывал и не раскрывает содержание понятия «существенность» нарушения норм материального права. Неясность формулировки процессуальной нормы устранил Пленум Верховного Суда РФ в Постановлении от 20 января 2003 г. №2, указав в п. 25, что нарушение норм материального права суд надзорной инстанции устанавливает по правилам ст. 363 ГПК РФ. Существенность этих нарушений оценивается и признается судом надзорной инстанции по каждому делу с учетом конкретных обстоятельств и значимости последствий этих нарушений для лица, в отношении которого они допущены<sup>1</sup>. Существенность нарушений норм процессуального права суд надзорной инстанции должен был устанавливать по правилам ст. 364 ГПК РФ, в соответствии с которой в указанных случаях они влекут безусловную отмену судебных постановлений независимо от доводов жалобы или представления (ч. 2), а другие нарушения норм процессуального права признаются существенными и влекут отмену судебных постановлений при условии, что они привели или могли привести к неправильному разрешению дела (ч.1)<sup>2</sup>.

Конституционный Суд РФ согласился с правоприменительной практикой, указав, что «перечень материальных и процессуальных нарушений, влекущих отмену судебных решений, содержится в ст. 363 и 364 ГПК РФ и применяется в качестве оснований для отмены или изменения судебных постановлений нижестоящих судов в порядке надзора. В силу этого невключение в ст. 387 ГПК РФ перечня материальных и процессуальных нарушений, относящихся к числу существенных, не свидетельствует о ее неконституционности»<sup>3</sup>.

Таким образом, критерии оценки законности судебных решений в суде второй и надзорной инстанции совпадали.

Федеральным законом от 4 декабря 2007 г. внесены изменения в ГПК РФ, которые в том числе изменили критерии оценки законности судебных постановлений в суде надзорной инстанции.

Согласно ст. 387 ГПК РФ основаниями для отмены или изменения судебных постановлений в порядке надзора являются существенные нарушения норм материального или процессуального

---

<sup>1</sup> Бюллетень ВС РФ. 2003. №3. С. 5.

<sup>2</sup> Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 20 января 2003 г. №2 // Бюллетень ВС РФ. 2003. №3. С. 3.

<sup>3</sup> Определение Конституционного Суда РФ от 24 февраля 2005 г. №54 – О // [www.ksrf.ru](http://www.ksrf.ru).

права, повлиявшие на исход дела, без устранения которых невозможны восстановление и защита нарушенных прав, свобод и законных интересов, а также защита охраняемых законом публичных интересов.

Как следует из приведенной редакции ст. 387 ГПК РФ, законодатель сохранил критерий существенности нарушений норм материального или процессуального права и дополнил его уточнением, что такие нарушения повлияли на исход дела, без устранения которых невозможны восстановление и защита нарушенных прав, свобод и законных интересов, а также защита охраняемых законом публичных интересов.

Таким образом, основания для отмены (изменения) судебных постановлений в порядке надзора предусматривают три критерия:

- 1) существенность нарушений норм права;
- 2) их влияние на исход дела;
- 3) без их исправления невозможны восстановление и защита нарушенных прав, свобод и законных интересов, а также охраняемых законом публичных интересов.

Исходя из этого, судья и суд надзорной инстанции в каждом конкретном случае будут оценивать существенность нарушений норм права и их влияние на исход дела, влияние на частноправовые и/или публичные права. Наличие или отсутствие таких ошибок должно быть отражено в процессуальных документах<sup>1</sup>.

### 67.3. КАЗАХСТАН

Протокольным решением Комиссии по качеству правосудия при Верховном Суде Республики Казахстан от 16 сентября 2019 г. №7-3-1/1136а (с изменениями от 21 октября 2019 г., 18 ноября 2019 г.) было утверждено Методическое руководство по оценке профессиональной деятельности судьи. В соответствии с п. 8 Методического руководства:

«8. Профессиональная деятельность судьи оценивается по следующим группам критериев:

- 1) профессиональные знания и умение применять их при отправлении правосудия;
- 2) результаты судебной деятельности;
- 3) деловые качества;
- 4) нравственные качества на соответствие требованиям, предъявляемым Кодексом судейской этики».

Согласно п. 9 Методического руководства:

9. Профессиональные знания и умение применять их при от-

<sup>1</sup> См. подробнее об этом: *Алексеевская Е.И.* Оценка законности судебных решений: Научно-практическое пособие. tse.expert>upload>iblock

правления правосудия оцениваются на основании следующих критериев:

1) Качество судебных актов.

Данный критерий направлен на определение умения и навыков составления определений, решений, приговоров и постановлений, применения норм материального и процессуального права и принятия итоговых решений.

2) Качество судебных процессов.

Данный критерий направлен на определение умения и навыков ведения судебного процесса.

В соответствии с п. 13 Методического руководства:

13. качество судебных актов

Качество судебных актов оценивается посредством изучения:

- количества отмен и изменений судебных актов вышестоящими судебными инстанциями;
- причин отмен и изменений судебных актов вышестоящими судебными инстанциями;
- качества составления процессуальных документов.

Количество отмененных и измененных судебных актов не является свидетельством или достаточным основанием для формулирования выводов о недостаточной компетентности судьи.

В этой связи изучению подлежат причины отмен и изменений судебных актов (п. 15 Методического руководства).

Причины отмен и изменений оцениваются Комиссией исходя из установленных процессуальным законодательством оснований и степени их существенности.

В частности, не являются основаниями, отрицательно характеризующими процессуальную деятельность судьи, следующие случаи отмен (изменений) судебного акта:

- 1) признание его законным в процессе дальнейшего пересмотра;
- 2) если при вынесении отмененного или измененного в последующем судебного акта судья изложил в письменной форме свое особое мнение;
- 3) если основанием для отмены или изменения судебного акта послужило изменение законодательства;
- 4) признание иска или отказ от иска в вышестоящей инстанции;
- 5) заключение соглашения об урегулировании спора или примирение с потерпевшим в вышестоящей инстанции;
- 6) пересмотр вступившего в силу судебного акта по вновь открывшимся обстоятельствам (п. 16 Методического руководства).

Судья, чья профессиональная деятельность подлежит оценке, за один месяц до проведения заседания представляет в Комиссию от-



мененные и измененные судебные акты, где причины отмен и изменений по указанным выше основаниям не относятся к данным, отрицательно характеризующим его профессиональную деятельность.

19. Анализ качества составления судебных актов осуществляется посредством изучения членами Комиссии трех и более решений, приговоров и итоговых постановлений оцениваемого судьи, за исключением судей, участвующих в конкурсе на должность судьи вышестоящей инстанции, председателя суда и председателя судебной коллегии.

Судебные акты отбираются путем использования технических возможностей информационной системы Верховного Суда методом случайной выборки из общего количества судебных актов по окончанным судьей делам за последние пять лет, деперсонифицируются и кодируются (п. 19 Методического руководства).

23. В ходе изучения судебных актов членами Комиссии оцениваются:

1) соответствие судебного акта требованиям закона, а также требованиям нормативных постановлений Верховного Суда;

2) умение судьи:

– определять и оценивать обстоятельства, имеющие значение для принятия решения по делу;

– определять и применять нормы права, регулирующие правоотношения по конкретному делу;

– формулировать правовую позицию для соответствующей категории дел;

– понятно излагать мысли, логически рассуждать и анализировать;

– излагать текст процессуального документа понятно и грамотно, в официально-деловом стиле;

3) соблюдение правил орфографии и стилистики (п.23 Методического руководства).

#### 67.4. ВЫВОДЫ

**Критерии оценки судебного решения.** Я постараюсь перечислить здесь все критерии оценки качества судебного решения, которые мне удалось обнаружить при изучении иностранного опыта, с тем чтобы среди них обнаружить те, которые были бы полезны для использования в Казахстане.

**Критерии, предусмотренные законом:**

1. Законность (ст. 224 ГПК РК);

2. Обоснованность (ст. 224 ГПК РК).

**Критерии, предлагаемые в доктрине:**

3. Определенность решения.
4. Безусловность решения.
5. Полнота решения.

Критерии, вытекающие из международного опыта (помимо законности и обоснованности).

**Финляндия:**

6. Юридическая мотивировка решения должна убеждать в справедливости и законности решения;
7. Мотивировка решения должна быть прозрачной.
8. Мотивировочная часть решения должна быть изложена детально и системно.
9. Мотивировочная часть решения должна быть понятной.
10. Решение должно иметь четкую структуру и быть лингвистически и грамматически понятным.
11. Решение должно быть объявлено таким образом, чтобы оно могло быть и было понято.

**Заключение №11**

12. Решение должно быть четким, изложено ясным и простым языком, но каждый судья должен быть свободен в выборе своего собственного стиля или использования стандартных образцов.

13. Судебные решения должны быть принципиально обоснованными. Их качество принципиально зависит от качества их обоснования. Мотивировочная часть может включать толкование правовых принципов, при этом обеспечивая правовую определенность и последовательность;

14. Обязанность судов формулировать мотивировочную часть не означает обязанности отвечать на каждый аргумент, выдвинутый сторонами в поддержку своей позиции. Степень подробности должна варьироваться в зависимости от характера решения.

15. Судебное решение высокого качества – это то, которое достигает правильного результата в той степени, насколько позволяют инструменты, имеющиеся в распоряжении судьи, – и этот процесс происходит справедливо, незамедлительно, четко и определенно.

16. Качество судебных решений также зависит от внутренних факторов, таких как профессионализм судей, процедуры, управление делами, слушания и неотъемлемые элементы самого решения.

17. Качество судебного решения зависит не только от конкретного судьи, но и от ряда разнообразных внешних по отношению к правосудию условий, таких как качество законодательства, материальное обеспечение, предоставляемое судебной системе, а также качество юридического образования.

18. Качество судебных решений также зависит от внутренних факторов, таких как профессионализм судей, процедуры, управление делами, слушания и неотъемлемые элементы самого решения.

**Страны Центральной Азии:**

19. Логичность.

20. Достоверность.

21. Корректность.

22. Судебное решение должно быть убедительным (7 позиций).

23. Судебное решение должно быть прозрачным (7 позиций).

24. Судебное решение должно быть последовательным, а его мотивы достаточными (14 позиций).

25. Судебное решение должно быть ясным и понятным (14 позиций).

26. Судебное решение должно иметь четкую структуру и форму, быть корректным в лингвистическом и правовом отношении (6 позиций).

27. Судебное решение в суде соответствующей инстанции должно отражать особенности суда данной инстанции (13 позиций).

Критерии эти во многом повторяются, иногда излишне многословны, но в целом отражают те необходимые требования, которые следует предъявлять к судебному решению. Я думаю, эти критерии можно использовать для выработки собственных казахстанских критериев, которые могут быть положены в основу оценки работы судей.

**Из этого большого количества критериев стоит выбрать основные, не повторяющиеся.** Я предлагаю считать основными следующие:

1. Законность

2. Обоснованность

3. Определенность решения

4. Безусловность решения

5. Полнота решения

6. Логичность

7. Достоверность

8. Корректность

9. Убедительность

10. Прозрачность

11. Ясность и понятность

12. Четкая структура и форма решения

13. Ясное и четкое объявление решения.

Возможно, это неполное перечисление всех критериев оценки качества судебного решения, но мне кажется, если абстрагировать-

ся от многословного и чересчур абстрактного перечисления всех критериев, что характерно для европейских судей, то в сухом остатке останутся именно те критерии, которые я перечислил как мною отобранные.

**Оценка качества судебного решения.** Наиболее распространенной является оценка качества судебного решения по количественному критерию: количество отмененных решений. Более того, в России многими исследователями он признается единственным возможным. С этим я не могу согласиться.

Изучение иностранного опыта показывает, что количественный критерий не может быть единственным критерием оценки качества судебных решений.

Консультативный совет европейских судей подчеркивает (особенно при использовании количественных и качественных статистических показателей), что желательно комбинировать разные методы оценки, связанные различными качественными показателями и источниками данных. Ни один метод не должен превалировать над другими. Методы оценки могут быть допустимы при условии их глубокой научной разработанности, грамотности, тщательности подготовки и изложения в доступной манере. Кроме того, система оценки не должна подвергать сомнению легитимность судебных решений.

Кроме того, ограниченное количество обжалований и случаев успешного обжалования может стать объективно оцениваемыми и относительно достоверными показателями качества. Тем не менее Консультативный совет подчеркивает, что ни количество обжалований, ни количество случаев успешного обжалования не могут прямо отражать уровень качества обжалуемых судебных решений. Успешное обжалование может быть не более чем иным способом оценки сложных вопросов судьей апелляционной инстанции, решение которого могло бы быть пересмотрено, если бы дело было направлено в суд еще более высокого уровня.

Консультативный совет подчеркивает, что желательно комбинировать различные методы оценки. Методы оценки должны применяться при условии их глубокой научной разработки, грамотности и тщательности подготовки, а способ их отбора должен быть прозрачен. Рекомендуются применять различные методы оценки качества: оценку деятельности судей, статистическую оценку, оценку судей органами самоуправления.

Следует признать, что качество судебных решений не может быть оценено надлежащим образом, если принимать во внимание лишь сугубо правовое значение судебного решения. Следует оценивать всю правовую систему в целом, поскольку на качество су-

дебных решений оказывают влияние как внешние, так и внутренние факторы.

**Оценка качества судебного решения и независимость судей.** Следует учитывать, что оценка качества судебного решения не может никаким образом повлиять на независимость судей.

Важный принцип заключается в том, что пожизненный срок пребывания судей в должности не сможет быть поставлен под вопрос в результате неблагоприятной оценки. Согласно рекомендации Комитета Министров Совета Европы, «бессрочное пребывание в должности может быть прекращено только в случаях серьезных нарушений дисциплинарного или уголовного закона, или же если судья больше не может выполнять свои функции». Так, результаты рассмотрения дела ни при каких обстоятельствах не могут быть основанием для наказания судьи.

Аналогичным образом Рекомендации Киевской конференции предусматривают, что «не следует оценивать работу судей по содержанию их решений или вердиктов (как напрямую, так и на основании статистики об отмене решений)» (Рекомендации Консультативного Совета европейских судей).

Консультативный совет подчеркивает, что какой-либо способ оценки качества судебных решений не должен влиять на независимость судебной системы в общем и в индивидуальном смысле (Заключение №11).

Любая оценка качества судебной системы должна быть направлена исключительно на повышение качества судебных решений, а не служить лишь бюрократическим средством и не ограничиваться им. Это не инструмент внешнего контроля над судебной системой (Заключение №11).

Какой-либо метод оценки качества судебного решения не должен ограничивать независимость судебной системы в целом или ее отдельных элементов, не должен служить бюрократическим средством или заключаться лишь в нем, и не следует путать его с оценкой профессиональных способностей отдельного судьи, которая производится для других целей. Более того, системы оценки не должны подвергать сомнению законность судебных решений (Заключение №11).

Любой способ оценки качества судебных решений не должен влиять ни на независимость судебной системы, ни на индивидуальных судей (Методология составления судебных решений для стран Центральной Азии).

**Какой же выбор?** Иностраный опыт показывает, что нельзя увлекаться, как в доктрине России, только количественными критериями оценки качества судебных решений. В этой связи лично мне больше всего нравятся принципы, заложенные в Методическом ру-

ководстве по оценке профессиональной деятельности судьи, разработанном Верховным Судом Казахстана.

В соответствии с п. 13 Методического руководства:

«Качество судебных актов оценивается посредством изучения:

- количества отмен и изменений судебных актов вышестоящими судебными инстанциями;
- причин отмен и изменений судебных актов вышестоящими судебными инстанциями;
- качества составления процессуальных документов.

Количество отмененных и измененных судебных актов не является свидетельством или достаточным основанием для формулирования выводов о недостаточной компетентности судьи.

В этой связи изучению подлежат причины отмен и изменений судебных актов (п. 15 Методического руководства)».

Я полагаю, что, может быть, не надо нам слишком уж стремиться использовать иностранный опыт. Возможно, более разумным было бы развивать те здравые и разумные положения, которые заложены в законодательстве Казахстана.

## Глава 68. ИНВЕСТИЦИОННЫЕ СПОРЫ: ЗАРУБЕЖНЫЙ ОПЫТ И ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО КАЗАХСТАНА

---

### 68.1. РАЗВИТИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА КАЗАХСТАНА В ЧАСТИ ОПРЕДЕЛЕНИЯ ТЕРМИНОВ, СВЯЗАННЫХ С ИНВЕСТИЦИЯМИ

Рассмотрим **историю появления терминов**, связанных с инвестициями, в законодательстве Казахстана.

В первом Законе Казахской ССР от 7 декабря 1990 г. №383-ХІІ «Об иностранных инвестициях в Казахской ССР» в ст.2 закреплено, что:

«Под иностранными инвестициями понимаются все виды имущества, ввозимые в республику иностранным инвестором, и предназначенные для производства товаров и услуг, а также валютные средства, ввозимые в тех же целях».

В соответствии со статьей 28 этого Закона:

«Споры юридического лица с иностранным участием с государственными органами Казахской ССР, с организациями, являющимися юридическими лицами Казахской ССР, а также споры между участниками юридических лиц с иностранным участием подлежат рассмотрению в органах Государственного арбитража, в судах Казахской ССР, либо по договоренности сторон в третейском суде, в соответствии с законодательством Казахской ССР».

В Законе РК от 27 декабря 1994 года №266-ХІІ «Об иностранных инвестициях» инвестиции определялись как все виды имущественных и интеллектуальных ценностей, вкладываемые в объекты предпринимательской деятельности в целях получения дохода (ст.1 Закона).

Однако Законом от 16 июля 1997 г. №165-1 в ст.1 Закона об иностранных инвестициях был включен термин «Инвестирование»:

**«Инвестирование»** – деятельность, связанная с осуществлением вложений иностранных инвестиций в объекты предпринимательской деятельности в целях получения прибыли (дохода).

Я писал тогда:

«В то же время вряд ли можно признать удачным введение нового термина «инвестирование», под которым понимается «деятельность, связанная с осуществлением вложений иностранных инвестиций в объекты предпринимательской деятельности в целях получения прибыли(дохода)». Данное понятие вносит путаницу, трудно отделить его от других понятий, употребляемых в Законе.

Непонятно, что означает «осуществление вложений инвестиций» и как оно соотносится с понятием «осуществление инвестиций», которое употребляется при раскрытии понятия «инвестиционный спор». В международных договорах (в частности, в Договоре к Энергетической Хартии) применяется понятие «осуществление инвестиций», близкое к применяемому в Законе от 16 июля 1997 года понятию «инвестирование»<sup>1</sup>.

Пожалуй, отсюда берут начало те проблемы, которые сейчас пытается решить Верховный Суд РК при определении подсудности инвестиционных споров<sup>2</sup>.

Этим же Законом от 16 июля 1997 года в ст. 1 Закона об иностранных инвестициях было включено понятие **инвестиционного спора** (которое, я считаю, было правильным):

«Инвестиционный спор» – любой спор между иностранным инвестором и Республикой Казахстан в лице уполномоченных государственных органов, возникающий в связи с иностранными инвестициями, в том числе спор, связанный с:

– действиями уполномоченных государственных органов, нарушающих права и интересы иностранных инвесторов, предусмотренные настоящим Законом, иным законодательством Республики Казахстан или применимым правом;

– действиями иностранных инвесторов, нарушающих законодательство Республики Казахстан в области иностранных инвестиций и инвестиционной деятельности;

– любым соглашением между Республикой Казахстан и иностранным инвестором;

– осуществлением иностранных инвестиций».

Еще одним ударом по эффективному регулированию инвестиций было необоснованное **сужение объема понятия иностранных инвестиций** Законом от 2 августа 1999 г. №466-1:

«Иностранные инвестиции» – инвестиции, осуществляемые в форме участия в уставном капитале юридических лиц Республики Казахстан, а также предоставление займов (кредитов) юридическим лицам Республики Казахстан, в отношении которых иностранные инвесторы имеют право определять решения, принимаемые такими юридическими лицами.

Вместо общего определения инвестиций как всех видов ценностей, вкладываемых в объекты предпринимательской деятельности

<sup>1</sup> См: Право и иностранные инвестиции в Республике Казахстан. Алматы: Жеті жарғы, 1997. С. 235.

<sup>2</sup> Добавлю для ясности, что Закон об иностранных инвестициях 1991 г. разрабатывался при моем активном участии (как эксперта Верховного Совета Казахской ССР), Закон об иностранных инвестициях 1994 г. разрабатывался группой цивилистов под моим руководством. Изменения 1997 г. и все последующие изменения, а также Закон об инвестициях 2003 г. готовились специалистами Комитета по инвестициям.



в целях получения дохода, появилось весьма усеченное понятие, причем только в отношении иностранных инвестиций.

Эта политика искажения четких и ясных понятий продолжилась в Законе от 8 января 2003 г. №373-П «Об инвестициях».

Здесь появляется общее понятие инвестиций, носящее вразрез с международными документами усеченный характер:

«Инвестиции – все виды имущества (кроме товаров, предназначенных для личного потребления), включая предметы лизинга с момента заключения договора лизинга, а также права на них, вкладываемые инвестором в уставный капитал юридического лица или увеличение фиксированных активов, используемых для предпринимательской деятельности» (подпункт 1) ст.1).

Впервые возникает вместо понятия «инвестирование» понятие **«инвестиционная деятельность»:**

«Инвестиционная деятельность – деятельность физических и юридических лиц по участию в уставном капитале коммерческих организаций либо по созданию или увеличению фиксированных активов, используемых для предпринимательской деятельности» (подпункт 2) ст. 1).

И, наконец, появляется новое и необоснованно ограниченное понятие инвестиционного спора:

«Инвестиционный спор – спор, вытекающий из договорных обязательств между инвесторами и государственными органами в связи с инвестиционной деятельностью инвестора» (подпункт 5) ст.1).

И вся эти положения, идущие вразрез с международными понятиями, были без критического анализа перенесены в **Предпринимательский кодекс РК** от 29 октября 2015 года №375-V (далее – ПК):

Инвестиции – п.1 ст. 274 ПК;

Инвестиционная деятельность – п.3 ст.274 ПК;

Инвестиционный спор – п.1 ст.296 ПК.

Я не привожу раскрытие этих понятий в ПК, потому что они дословно повторяют понятия, содержащиеся в Законе об инвестициях.

В международных договорах нет определения «инвестиционная деятельность». Это изобретение местных умельцев.

Иногда встречается понятие **«осуществление инвестиций»**, но совсем в другом смысле, чем «инвестиционная деятельность».

Например, в ст. 1 Договора к Энергетической Хартии (ДЭХ) различаются понятия «инвестиции» и «осуществление инвестиций».

«Инвестиция» – означает все виды активов, находящихся в собственности или контролируемых прямо или косвенно инвестором (ст.1(6) ДЭХ).

«Осуществление инвестиций» – означает осуществление новых инвестиций, приобретение всего или части существующих инвестиций или распространение на другие области инвестиционной деятельности (ст.1(8) ДЭХ).

Однако термин «осуществление инвестиций» не имеет ничего общего с понятием «инвестиционная деятельность», которое содержится в наших законах.

Термин «инвестиция» означает прединвестиционную стадию, термин «осуществление инвестиций» означает постинвестиционную стадию.

Значение такого деления заключается в том, что в отношении постинвестиционной стадии государства – стороны ДЭХ обязуются предоставлять инвесторам национальный режим или режим наибольшего благоприятствования (ст.10 (7) ДЭХ).

Что же касается прединвестиционной стадии, то такая обязанность возникнет у сторон только после подписания Дополнительного договора к ДЭХ, который был разработан, но до сих пор не подписан сторонами.

Я принимал в этом самое активное участие, так как был руководителем казахстанской делегации на переговорах.

Что касается инвестиционного спора, то во всех международных договорах он определяется как спор инвестора с государством по всем вопросам, связанным с инвестициями, не только вытекающим из договорных отношений (Вашингтонская Конвенция ICSID, Двусторонние инвестиционные соглашения Казахстана с другими странами (ДИС или ВIT), Договор к Энергетической Хартии и другие).

Таким образом, все три определения, данные в Предпринимательском кодексе РК, коренным образом **расходятся с понятиями, закрепленными в международных документах**. Там инвестиции – все виды имущества, а не вклад в уставный капитал, там нет понятия «инвестиционная деятельность» и там инвестиционный спор не связан только с договорными отношениями.

## **68.2. АНАЛИЗ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА ПО ОПРЕДЕЛЕНИЮ ПОДСУДНОСТИ ПО ИНВЕСТИЦИОННЫМ СПОРАМ: до 2020 г. и после**

**До 2020 г.** В Гражданско-процессуальном кодексе РК от 3 октября 2015 года №377-V до 2020 г. **подсудность инвестиционных споров** была определена следующим образом:

Статья 27. Подсудность гражданских дел специализированным судам

«4. Суд города Астаны по правилам суда первой инстанции рассматривает и разрешает гражданские дела по инвестиционным

спорам, кроме дел, подсудных Верховному Суду Республики Казахстан, а также по иным спорам между инвесторами и государственными органами, связанным с инвестиционной деятельностью инвестора».

Статья 28. Подсудность гражданских дел Верховному Суду Республики Казахстан

«Верховный Суд Республики Казахстан рассматривает и разрешает по правилам суда первой инстанции гражданские дела:

2) по инвестиционным спорам, стороной в которых является крупный инвестор».

В связи с этим возникал вопрос о понятиях «инвестиционные споры» и «инвестиционная деятельность».

В соответствии с п. 1 ст. 296 ПК:

«Инвестиционным спором признается спор, вытекающий из договорных обязательств между инвесторами и государственными органами в связи с инвестиционной деятельностью инвестора».

В соответствии с п. 3 ст. 274 ПК:

«Деятельность физических и юридических лиц по участию в уставном капитале коммерческих организаций либо созданию или увеличению фиксированных активов, используемых для предпринимательской деятельности, а также для реализации проекта государственно-частного партнерства, в том числе концессионного проекта, признается инвестиционной деятельностью».

Из этого вытекает, что **инвестиционные споры** должны отвечать двум признакам:

1) это договорные обязательства инвестора и государства;

2) эти обязательства связаны с инвестиционной деятельностью инвестора.

Договорные обязательства – это чисто гражданско-правовой институт. Инвестиционная деятельность, если исходить из определения – это тоже чисто гражданско-правовой институт. Это значит, что публично-правовым отношениям здесь не место.

Исходя из сказанного, можно выделить отдельные виды договорных обязательств, могущих быть предметом инвестиционного спора:

1) контракты на недропользование, в которых сторонами контракта выступает государство как собственник недр в лице уполномоченного органа в соответствии со ст. 111 Гражданского кодекса РК;

2) поскольку о них прямо говорится в определении инвестиционной деятельности (п. 3 ст. 274 ПК), можно выделить концессионные договоры и договоры государственно-частного партнерства (договор на осуществление инвестиций).

Инвестиционный контракт, то есть договор на реализацию инвестиционного проекта, предусматривающий осуществление инве-

стиций и предоставление инвестиционных преференций (п. 1 ст. 294 ПК), не отвечает ни одному из двух признаков, необходимых для признания спора по этому контракту инвестиционным.

Во-первых, это не договорное обязательство. Договорное обязательство возникает между двумя равноправными субъектами. Между тем трудно назвать инвестора и уполномоченный орган по инвестициям равноправными субъектами. Достаточно внимательно посмотреть на ст. ст. 281-293 ПК о порядке предоставления инвестиционных преференций, чтобы понять, что перед нами обычные административные отношения, такие же, как налоговые, таможенные и прочие.

Инвестор разрабатывает инвестиционный проект, затем обращается с нижней просьбой в уполномоченный орган по инвестициям дать ему преференции, уполномоченный орган рассматривает прошение и при наличии заранее установленных в Законе условий принимает решение, дать или не дать инвестиционные преференции.

Ну и где здесь договор?

То, что в Законе об инвестициях была норма об инвестиционном контракте, которая потом была включена в ПК, ничего не меняет с точки зрения правовой природы отношений. Можно обозвать выдаваемое уполномоченным органом разрешение договором (или контрактом), все равно это не договор. Даже если признать его договором, это будет административным договором, что никак не вписывается в понятие «договорное обязательство», применимое только к гражданско-правовым отношениям.

В прежних работах я называл такое оформление публичных отношений квазидоговором, протivoестественной формой<sup>1</sup>.

Конечно, можно, исходя из чисто формальных аспектов (то, что он назван договором), отнести «инвестиционный контракт» к договорным обязательствам, как это сделал Верховный Суд РК в вывешенном на сайте Верховного Суда РК материале от 18 марта 2016 года «Инвестиционные споры: подсудность Верховного Суда и ответы на другие актуальные вопросы». Однако это будет чисто формальным подходом, не основанным на реальном содержании отношений.

К инвестиционным относятся споры, вытекающие из договорных обязательств. Следовательно, споры, вытекающие не из договорных обязательств, инвестиционными не являются. Поэтому

<sup>1</sup> См., например: *Судейменов М.К.* Договор в гражданском праве: проблемы теории и практики // Юрист, 2008. №9.С.16; *его же.* Взаимодействие гражданского и налогового права: взгляд цивилиста // В сб: Научные труды по финансовому праву: Гражданское и налоговое право: проблемы взаимодействия: Материалы Четвертой международной научно-теоретической конференции «Худяковские чтения по финансовому праву» (Алматы, 2 ноября 2013 г) / Под общим руководством Е.В. Порохова. Алматы: ТОО «Налоговый эксперт», 2014 . С.252.

если налоговые, таможенные, экологические или иные споры инвестора с государственными уполномоченными органами вытекают из договорных обязательств инвестора с государственными органами, это будет инвестиционный спор. Если они не вытекают из договорных обязательств – это не инвестиционный спор.

Предположим, крупный инвестор вложил значительные денежные средства в уставный капитал коммерческой организации. У этой организации возникли налоговые споры с государством. Этот спор не являлся инвестиционным и не мог рассматриваться Верховным Судом РК.

Этот спор следует признать «иным спором» между инвестором и государственным органом, связанным с инвестиционной деятельностью инвестора, и он был подсуден суду Астаны.

К «иным спорам» относятся любые споры инвестора с государством, не вытекающие из договорных отношений.

Однако определение иных споров, вытекающих из правоотношений с участием инвесторов, как не связанных с инвестиционной деятельностью, не отличается большой четкостью, ибо все правоотношения, в которых участвует инвестор, так или иначе связаны или вытекают из инвестиционной деятельности.

Между тем есть четкий признак, позволяющий с исключительной четкостью определить подсудность районным и приравненным к ним судам. Этот признак – отсутствие в качестве стороны спора государственного органа. То есть все споры инвестора, в которых выступает другой стороной не государственный орган, а любое юридическое или физическое лицо, относится к подсудности районных (городских) и приравненных к ним судов.

Этот признак и следовало указать в качестве определения подсудности споров районным судам.

Таким образом, из-за неверного определения в ПК понятия инвестиционного спора Верховный Суд РК не мог взять на себя рассмотрение всех споров крупного инвестора с государственными органами, хотя по идее Верховному Суду должны были быть подсудны все споры крупных инвесторов с государственными органами.

**После 2020 г.** Рассматривались различные предложения по внесению изменений в законодательство. По моему мнению, чтобы расширить полномочия Верховного Суда РК, можно было обойтись без внесения изменений в Предпринимательский кодекс. Достаточно в подпункте 2 ст. 28 ГПК слова «по инвестиционным спорам, стороной в которых является крупный инвестор» заменить словами: «по спорам крупного инвестора с государственными органами, связанным с осуществлением инвестиционной деятельности» или «по спорам, связанным с осуществлением инвестиционной деятельности инвестора, в которых сторонами выступают крупный инвестор и государственный орган».

При такой редакции к подсудности Верховного Суда РК будут относиться все споры крупного инвестора с государственными органами, вытекающие как из договорных, так и недоговорных отношений.

Однако Верховный Суд решил иначе. По его инициативе был принят Закон от 29 июня 2020 г. №315-VI «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам административного процедурно-процессуального законодательства Республики Казахстан».

Этим Законом часть четвертая статьи 27 изложена в следующей редакции:

«4. Суд города Нур-Султана по правилам суда первой инстанции рассматривает гражданские дела по инвестиционным спорам, а также иски государственных органов к инвесторам, связанные с инвестиционной деятельностью инвестора, с участием:

1) иностранного юридического лица (его филиала, представительства), осуществляющего предпринимательскую деятельность на территории Республики Казахстан;

2) юридического лица, созданного с иностранным участием в порядке, установленном законодательством Республики Казахстан, пятьдесят и более процентов голосующих акций (долей участия в уставном капитале) которого принадлежат иностранному инвестору;

3) инвесторов при наличии заключенного контракта с государством на осуществление инвестиций».

Статья 28 ГПК была исключена.

Таким бесхитростным способом Верховный Суд решил проблему распределения подсудности по инвестиционным спорам. Он просто снял с себя полномочия по рассмотрению инвестиционных споров по первой инстанции. Все инвестиционные споры по первой инстанции теперь рассматриваются в суде г. Нур-Султана.

## **Глава 69. ПРАКТИКООРИЕНТИРОВАННОЕ ОБУЧЕНИЕ В КОНТЕКСТЕ ВЗАИМОСВЯЗИ МЕЖДУ СУДАМИ И ЮРИДИЧЕСКИМИ ВУЗАМИ**

---

### **69.1. ВВЕДЕНИЕ**

Данная глава представляет собой в основном обзор существующих в юридической литературе Казахстана и России взглядов на эту проблему. Автор ни в коей мере не претендует на истину в последней инстанции, но тем не менее в конце обзора он предлагает свое видение этой проблемы.

Система образования должна быть ориентирована не только на заказ со стороны государства, но и на постоянно возрастающий общественный спрос. Ориентиром при подготовке студентов должна быть практическая подготовка. Юриспруденция – это не просто теоретическая наука, поэтому очень важно включать в процесс обучения практическую часть.

Главной особенностью юридического образования за рубежом является его ориентированность на практические навыки. В вузах США, Канады, Великобритании и Европы большое внимание уделяют тому, чтобы студенты могли не просто хорошо владеть терминологией и знать теоретические основы, но и иметь опыт практической деятельности. Во время обучения студенты полностью погружаются в образовательный процесс и имеют возможность стажироваться в крупных юридических компаниях.

Рассмотрим практикоориентированное обучение на примерах США, Германии, Грузии и России.

### **69.2. США**

В 90-х годах, когда я был директором Института государства и права АН Казахстана, я был дружен с первым послом США в Казахстане Уильямом Кортни. Когда Кортни уезжал из Казахстана, он на прощание сделал мне подарок: отправил в Америку на три недели с единственной целью: изучить юридическое образование США. Мы с моим другом проф. А.И. Худяковым объехали пять штатов Америки, посетили ряд университетов и более-менее разобрались с системой юридического образования.

Что меня сразу поразило, это полное отсутствие теоретических

предметов: ни теории права, ни истории права. Начиная со второго курса студенты вправе выбирать, какой курс лекций ему взять. И, конечно, они выбирают чисто практические предметы. Помню, я сидел в кабинете одного профессора, и у него дверь была всегда открыта. Я спросил, почему, он ответил: а вдруг студент захочет зайти. Профессор показал мне свой учебник по контрактному праву, очень толстый. В отличие от наших учебников, в нем не было практических никаких теоретических положений, в основном разбор прецедентов.

Естественно, все обучение в американских вузах является практикоориентированным.

Для определения характерных черт юридического образования в странах англосаксонской правовой семьи необходимо вспомнить ряд ее особенностей, позволяющих более глубоко осознать систему и методику преподавания в юридических колледжах и юридических факультетах университетов. Как известно, до сегодняшнего дня главным источником права в таких странах, как Великобритания и США (наряду с писаной конституцией), остается судебный прецедент, то есть решение суда по определенному делу, которому придают общеобязательное значение для решения подобных дел в будущем. Этот факт уже позволяет утверждать, что для будущего юриста в Великобритании и США необходимо в процессе обучения уяснить смысл и особенности основных прецедентов в сфере его интересов.

Юридическое образование в США представляет собой «второе» высшее образование, так как получить его могут студенты, имеющие степень бакалавра. Профильное юридическое образование предоставляется в американских колледжах, однако дорогу к высшему профессиональному юридическому образованию открывают и школы права. Школы права являются структурными подразделениями американских университетов.

Современное юридическое образование в США является совокупностью нескольких моделей, для которых в целом свойственны следующие черты: узкая специализация, практическая направленность в подготовке юристов, специфическая форма организации учебного процесса.

Образовательный процесс осуществляется в соответствии с образовательными стандартами, которые разрабатываются ассоциацией американских юристов. Американский юрист должен обладать необходимым набором компетенций, к которым относятся: навыки решения юридических дел; юридический анализ и оценка; изучение юридической литературы и документов; изучение фактов; коммуникативность; консультирование; ведение переговоров;



знание процедур, связанных с судебными спорами, и альтернативных способов разрешения споров; организация и управление в области юридической работы; выявление и разрешение проблем этнического характера. Кроме того, юрист должен компетентно представлять интересы клиентов, содействовать укреплению принципов правосудия, справедливости и морали, профессионально совершенствоваться.

Однако образовательные стандарты достаточно жестко регламентируют обязательный перечень дисциплин только для первого курса, для последующих лет обучения обозначено лишь минимальное количество учебных часов в неделю, которые должен прослушать студент.

К числу обязательных предметов первого года обучения относятся договорное, имущественное, деликтное, уголовное, конституционное, административное право, профессия юриста. Например, в школе права Нью-Йоркского университета набор дисциплин первого семестра выглядит следующим образом: Contracts (контракты), Torts (деликтное право), CivilProcedure (гражданский процесс), ConstitutionalLaw (конституционное право), Layering (профессия юриста).

Обучение на втором и третьем курсах имеет узкоспециализированную направленность: до 95% предметов, изучаемых студентами, имеют узкую специализацию. Так, программа «Налогообложение» в некоторых университетах включает 40 различных курсов, программа «Корпоративное и коммерческое право» – 30 предметов (<http://www.law.nyu.edu/facul-ty/index.htm>).

Существенной особенностью юридического образования в США является его практическая направленность. Многие курсы читают практикующие юристы: советники крупных компаний, судьи, адвокаты.

Методика преподавания включает в себя практические задания по анализу прецедентов и решений апелляционных судов, так как основной целью образования является развитие аналитических способностей студентов, а не только овладение определенным набором знаний. Перед каждым занятием преподаватель направляет студентам задания и список источников для ознакомления, студенты на самом занятии беседуют по предложенным вопросам, подкрепляя свою точку зрения положениями из источников, и сами делают доклады по предложенной проблематике. Часто преподаватели проводят конкретные дела, учебные суды, что развивает практические навыки студентов. Школы права предлагают ряд курсов, формирующих у студентов умение анализировать материалы законодательства и судебных решений. Например, «Правовой практикum» (Йельский университет), «Составление юридических доку-

ментов» (Гарвардский университет), «Составление проектов» (Пенсильванский университет)<sup>1</sup>.

Необычным явлением можно считать отсутствие в большинстве американских юридических школ традиционных для нас дисциплин, таких как теория государства и права, история государства и права, история политических и правовых учений, не говоря уже о неюридических дисциплинах: логике и культурологии, социологии и истории. Это вызвано, во-первых, очень прикладным характером юридического обучения и, во-вторых, уровнем студентов, поступающих в школу права: они уже имеют университетскую степень и предполагается, что изучили и общегуманитарные дисциплины. Хотя в качестве факультативных курсов могут предлагаться философия права и история права, а работы по теории государства и права, в том числе и русских дореволюционных авторов, можно обнаружить в библиотеках провинциальных юридических школ.

Очень большое внимание уделяется приобретению студентами во время учебы практических навыков в юридической деятельности и профессиональной ориентации. При этом используются самые различные формы. Во-первых, студентам предлагаются специальные курсы, непосредственно связанные с практической деятельностью, например, курс «Профессиональная ответственность» или «Переговорный процесс». Во-вторых, существует система так называемой «клиники» (по-нашему – практики), когда школа рекомендует студенту стажировку по различным программам: работу в качестве клерка у судьи или в офисе прокурора, участие консультантом по конкретному судебному делу под непосредственным наблюдением прокурора или возможность консультирования осужденных по гражданским и уголовным делам в местах лишения свободы. Наконец, в качестве отдельных курсов, идущих в зачет обучения, предлагается курс «Инсценировка судебного процесса» (MootCourt) или курс «Комитет судебной адвокатуры» (TrialAdvocacyBoard). В случае с «Инсценировкой судебного процесса» создается так называемая судебная команда школы. Студенты – участники команды – являются судьями и прокурорами, адвокатами, истцами и ответчиками. Команды юридических школ соревнуются в региональном и национальном масштабе.

Кроме того, различные судебные органы штата, в том числе и

---

<sup>1</sup> См.: Научно-методический электронный журнал ART 14366 УДК 340.1 *Ланшина И.Е., Аркадьева Т.А., Валеева М.А.* Юридическое образование за рубежом (опыт США и ФРГ)// Концепт. 2014. №12 (декабрь). – ART 14366. – URL:<http://e-koncept.ru/2014/14366.htm>.-Гос.рег. Эл № ФС 77 – 49965. –ISSN2304-120X. – <https://cyberleninka.ru/article/n/yuridicheskoe-obrazovanie-za-rub...>

Верховный Суд штата, периодически проводят свои выездные заседания в юридических школах, а представители юридических компаний и государственных компаний и государственных органов организуют профессиональные дни, во время которых они отбирают студентов для работы в своих организациях. Прослушанный курс заканчивается письменным экзаменом. Как правило, экзаменационное задание содержит казусы, которые студент должен решить, а преподаватель оценить по принятой в Америке 4-х или 5-бальной системе. При этом вполне нормальным считается использование на экзамене учебников, сборников прецедентов или иных материалов. Студенты, набирающие меньше установленного количества баллов, могут быть отчислены из школы по решению декана либо автоматически. Отсутствие студентов более чем на 25 % занятий любого курса означает недопуск его к экзаменам<sup>1</sup>.

### 69.3. ГЕРМАНИЯ

В континентальной Европе создано единое экономическое, политическое, социальное и культурное пространство, в рамках которого актуально создание такой системы образования, при которой выпускник любого европейского вуза без труда может найти работу по всей территории Европы. Право стран континентальной Европы базируется на римском праве и относится к романо-германской правовой семье. Поэтому подготовка юристов отличается от подготовки юристов стран англосаксонского права. В Германии сложилась достаточно типичная картина подготовки юристов для стран континентальной Европы. В настоящее время Закон об образовании 1976 г., который был изменен и дополнен в 1999 г., определяет общие принципы и направления организации высшего образования в стране. Подготовка бакалавров занимает от трех до четырех лет, а магистров – от года до двух лет. В случае получения двух степеней общий срок обучения не может превышать пяти лет.

Высшее юридическое образование в Германии можно получить, как правило, на юридических факультетах университетов. Правовой статус университетов закрепляется законодательством отдельных земель. Учебный план по подготовке юристов включает в себя такие дисциплины, как гражданское, уголовное, процессуальное право, включая методологию правовой науки, а также ее исторические, философские и социальные основы.

На первых этапах образовательного процесса программой

<sup>1</sup> См.: *Подопригора Р.А.* Высшее юридическое образование в США. Источник: Параграф – [wwwhttp://online.zakon.kz](http://online.zakon.kz).

предусматриваются лекционные занятия по основным отраслям права. Кроме того, по этим же предметам проводятся семинары в малых группах. Аттестация по обязательным дисциплинам заканчивается зачетом, включающим несколько домашних работ и контрольную работу в университете. Выбор специализации определяется студентами после трех-четырех семестров. Количество направлений специализаций в разных университетах неодинаковое. Цель второго этапа юридического образования – получение практических навыков в конкретных областях юридической деятельности. По общему правилу стажировка включает в себя 4 этапа. Первый этап – работа в судейской канцелярии (4-6 месяцев), второй этап – работа в окружной прокуратуре (6-8 месяцев), третий этап включает работу в муниципальных органах власти (9-11 месяцев) и, наконец, четвертый – это работа в качестве адвоката или юриста в коммерческих структурах<sup>1</sup>.

Немецкое юридическое образование ставит перед студентами три основные цели, которые не были спущены «сверху», а выработались со временем естественным образом, исходя из опыта и требований судебной и адвокатской практики. К этим целям или требованиям относятся: 1) общий правовой обзор, 2) понимание закона и 3) методические навыки.

Общий обзор, о котором ведется здесь речь, не означает приобретения глубоких фундаментальных или специальных правовых знаний по всему правовому спектру. Он подразумевает овладение основными, базисными знаниями из трех центральных областей права – публичного права, уголовного права, гражданского и экономического права, понимание взаимосвязей (например, материального и процессуального права), а также знание системы права и систематики правовых норм.

Понимание закона подразумевает в первую очередь умение применять право к конкретному правовому случаю. Наряду с юридической квалификацией – т.е. сопоставлением реального факта и факта, описанного определенной правовой нормой, – сюда относятся толкование закона применительно к конкретному делу с помощью юридической научно-правовой методике и применение неписанных правовых норм.

К методическим навыкам, нужным будущим юристам, относится в первую очередь обучение профессиональной методике истолкования судебных решений и правовых проблем, имеющих в гражданском и административном праве особое значение. В гражданском праве отправной точкой являются законные право-

---

<sup>1</sup> См.: Лапина И.Е., Аркадьева Т.А., Валева М.А. Юридическое образование за рубежом(опыт США и ФРГ) // Концепт. 2014. №12 <https://cyberleninka.ru/article/n/yuridicheskoe-obrazovanie-za-rub...>

вые притязания. Чтобы решить дело, необходимо продумать систему первичных и вторичных притязаний, учесть конкурирующие или противоречащие притязания гражданского права. Необходимо оценить, на ком лежит обязанность доказывания обстоятельств дела и взвесить сами эти доказательства. Именно эти навыки и получают немецкие студенты, обучаясь по данной методике – сначала в университете и потом во время стажировки в адвокатской конторе и в суде (Referendariat).

Качество полученного ими юридического образования определяется их способностью докопаться до сути поставленной перед ними правовой проблемы, самостоятельно найти путь ее решения и в ходе диалога с другими студентами и преподавателями аргументированно представить свою точку зрения.

Исходя из этого, юридические факультеты Германии гораздо выше оценивают компетентность студента в вопросах самостоятельного решения практических задач, чем объем полученных им юридических знаний или его умение воспроизводить наизусть тексты законов. (Багаж теоретических знаний хоть и может представлять определенную ценность, но ни в коей мере не гарантирует результата на практике.) Кроме этого, оцениваются владение юридической аргументацией, умение достоверно изложить правовую проблему, а также произвести взвешенную оценку несовпадающих интересов сторон спора<sup>1</sup>.

#### **69.4. ПОСТСОВЕТСКИЕ СТРАНЫ (ГРУЗИЯ, РОССИЯ, КАЗАХСТАН)**

В постсоветских странах ситуация выглядит более-менее одинаково: упор делается на теоретические курсы, связь с практикой, особенно с судами, очень слабая и лишь эпизодическая. Продуманная система практикоориентированного обучения отсутствует. Встречаются отдельные примеры в отдельных вузах, но как таковой системы нет.

В частности, российскую модель подготовки юристов отличает от западных систем в целом незначительная роль практики в обучении. Например, в германской системе подготовки юристов соотношение теоретической и практической частей составляет 66,9% к 33,1 %, а в российской – 93,5% к 6,5%. Профессионализм выпуск-

---

<sup>1</sup> См.: *Денне Йенс*. Университетское и дополнительное профессиональное образование юристов в гражданском праве и процессе Казахстана и Грузии // В сб.: *Гражданское право в современном мире: влияние на развитие национального права: Материалы юбилейной международной научно-практической конференции (в рамках ежегодных цивилистических чтений), посвященной 20-летию цивилистических чтений (Алматы, 17-18 мая 2018 г.)*. – Алматы, 2019. С. 180-182.

ника в России оценивается с позиций овладения теоретическими знаниями и лишь в незначительной степени – умениями, в то время как в ФРГ и США – навыками правоприменения и профессиональными компетенциями. Федеральное законодательство об образовании не регламентирует проведения юридической практики, оставляя этот вопрос на усмотрение вузов, не предусматривает обязательной практики в суде. С другой стороны, и Федеральный закон «О судебной системе Российской Федерации» не возлагает на суды обязанности помощи в организации практической подготовки судей.

Как отмечает Й. Демпе, ключевыми моментами идеи Немецкого общества по международному сотрудничеству (GIZ) относительно первичного университетского юридического образования являются ориентация на практику, обучение технике решения правовых дел и методике истолкования законов и решения правовых проблем, необходимые как для готовых юристов, так и для студентов юридических факультетов. С точки зрения немецких юристов наиболее важной предпосылкой для будущего профессионального успеха судьи или адвоката является как раз способность рассмотрения и решения правовых дел непосредственно из практики. Этот навык невозможно привить в теоретическом курсе, он должен приобретаться путем разбора и обсуждения многочисленных правовых дел. Вот почему возникает вопрос: сказалось ли влияние возросших профессиональных требований, предъявляемых сегодня к профессии судьи и адвоката, в должной мере и на качество университетского образования? Нашла ли идея ориентации на юридическую практику отклик в университетских аудиториях, в курсовых и экзаменационных работах будущих юристов?

Для таких стран, как Казахстан или Грузия, трудно ответить на эти вопросы однозначно, поскольку в них имеется множество как государственных, так и частных университетов с различными программами обучения и ориентацией на разные правовые сферы. В этом контексте – и при отсутствии централизованного, желательно бы даже единого государственного юридического экзамена – добиться единых стандартов образования оказывается совсем непросто.

Такие единые стандарты только начинают зарождаться. В южно-кавказских и центрально-азиатских странах, – в особенности в Грузии, Армении, Кыргызской Республике и Казахстане – основополагающие стратегии реформирования права и юстиции были разработаны уже много лет назад. А вот стратегиям юридического университетского образования уделялось все эти годы значительно меньше внимания. Следует признать, что и

здесь наблюдаются положительные сдвиги: так, преподавательский состав многих университетов пополнился практикующими юристами (главным образом, судьями). Однако разбор правовых казусов только-только начинает входить в учебный процесс и пока не играет в нем существенной роли. Основной упор по-прежнему делается на получение студентами теоретических правовых знаний, тогда как юридические навыки, необходимые для их практического применения, стоят в учебном процессе на втором плане.

Исключения подтверждают правило. Вот уже пять лет в Грузии, при поддержке немецких специалистов, проводится обучение доцентов университетов методике рассмотрения правовых дел и практическому применению норм гражданского и уголовного права. Однако участников этих семинаров можно сосчитать на пальцах; далеко не все университеты задействованы в этом проекте. Та же участь постигает и программы американских юристов: они оказываются ограничены несколькими университетами и избранным кругом участников. Широкой имплементации в уже действующие стандарты не происходит. При этом грузинские суды уже сейчас жалуются на нехватку хорошо образованных молодых специалистов – и тем не менее от них пока не исходит требование реформы университетского образования. Остается выжидать, наступит ли перелом в ближайшем будущем и произойдет ли имплементация методики профессионального истолкования законов и решений правовых проблем в учебные планы грузинских высших школ и университетов. Первые шаги в этом направлении уже делаются, но не хватает, например, закона о юридическом образовании, который задал бы для всех университетов – частных или государственных – единые учебные цели, стандарты и правила. Если уж в стране нет практики единого государственного экзамена, университеты могли бы сообща стремиться к более высоким и единым целям (или хотя бы общим минимальным требованиям), не теряя при этом собственной специализации и индивидуальности.

В Казахстане в результате многолетней практики в сфере повышения квалификации юристов накопилось достаточно как общей юридической литературы, так и сборников юридических дел из практики гражданского права. Но если последние и пользуются спросом, то, скорее, не у студентов, а у кандидатов на должность судьи – в конце концов, это и понятно: студенты учат только то, что им потом придется сдавать на экзамене, а сюда не относятся длинные юридические заключения на тему решения правовых дел из практики. Студент, сдающий в Грузии экзамен по спе-

циальности «гражданское» или «экономическое» право, может столкнуться с совершенно разными требованиями – в одном университете это может оказаться текст в стиле multiplechoice, а в другом – задание написать юридический трактат на тему абстрактной правовой проблемы без всякой привязки к конкретному правовому случаю.

Внедрению практикоориентированного обучения мешает и мнение некоторых судей Верховного Суда, что вступившие в законную силу судебные решения в принципе не подлежат критике: да, их можно обсуждать, но нельзя больше подвергать сомнению, тем более, что для них уже не существует следующей инстанции, способной их отменить. В соответствии с этой логикой вступившие в силу решения Верховного Суда являются правомерными по определению, и никто – даже спустя время – не имеет права сомневаться в их правильности. Получается, что решения Верховного Суда в принципе никогда не подвергаются критической оценке – может, в целях поддержания правового мира, может, для укрепления авторитета Верховного Суда. С нашей точки зрения, это весьма спорный подход, ведь по своей сути он означает запрет свободомыслия. Живое обсуждение судебных решений приведет к их распространению, к их пониманию. Критика в адрес Верховного Суда вовсе не ставит под вопрос его авторитет. Слабо обоснованная критика в принципе не может навредить, она, наоборот, даст суду возможность грамотно объяснить все аргументы в пользу его решения. А обоснованная критика только поможет положительно повлиять на будущие судебные решения. Совместное обсуждение казусов способствует исправлению судебной ошибки в будущем, позволяет совершенствовать толкование закона и облегчает рассмотрение новых судебных дел.

В большинстве современных правовых систем судьям Верховного Суда не возбраняется отклоняться от предыдущей судебной практики. Считается, что новое дело, новые обстоятельства могут поставить перед судьей неразрешимую проблему, если он станет применять к ним право тем же образом, как он понимал и толковал его в другом отдельном случае. Это привело бы к результату, противоречащему смыслу и цели закона, поэтому при определенных обстоятельствах требуется отклониться от принятого до сих пор толкования правовой нормы. Данная самокоррекция осуществляется в пользу правового развития. Ни один суд не застрахован от ошибок. Применение права в хоть и схожем со старым, но все-таки иным случае может – на новом обосновании – привести и к иному результату<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> См.: *Denne Й.* Указ.соч. С. 175-178.



Определенные успехи во внедрении практикоориентированного обучения достигнуты в Высшей школе права «Әділет» Каспийского университета. Высшая школа права «Әділет» заключила меморандум о взаимном сотрудничестве с Бостандыкским районным судом г. Алматы. Немалую роль в получении практических навыков будущих специалистов играет проведение занятий без отрыва от производства. Так, студенты третьего курса при изучении дисциплины «Гражданское процессуальное право» неоднократно посещают судебные заседания по гражданским делам. Данная форма проведения занятий способствует повышению интереса к изучаемой дисциплине, а также получению первичных практических навыков по порядку ведения судебного заседания и процессуальных действий, совершаемых сторонами в судебном заседании.

Студенты третьего курса ежегодно проводят два судебных процесса в Бостандыкском районном суде г. Алматы. Непосредственно судьи Бостандыкского районного суда г. Алматы каждый месяц выступают с лекциями перед студентами 3 и 4 курсов в Каспийском университете. Студенты с большим удовольствием и энтузиазмом пробуют себя в роли судьи, прокурора, адвоката, истца и ответчика.

Не менее важна была и практическая подготовка студентов. Деловая игра не может быть начата и проведена не только без соответствующей теоретической подготовки участников игры, но и без самих процессуальных действий: без изложения искового заявления и предъявления его в «суде», без качественной подготовки к «судебному разбирательству», без вынесения соответствующих определений в этих стадиях процесса. Вся эта подготовительная работа осуществляется под руководством преподавателя самими студентами вне времени семинарских занятий. Деловая игра – это активная форма обучения. В ней одновременно участвует вся учебная группа в целом, каждому студенту отводится при этом своя определенная «роль». Специфика деловой игры ставит студентов в такие условия, когда они вынуждены не только высказывать свои суждения по существу дела, но и в меньшей мере задавать вопросы, причем не преподавателю, как это чаще всего имеет место на семинаре, а своим же товарищам по игре. Содержание этих вопросов уже само по себе свидетельствует во многом об уровне теоретической подготовки студентов. А навыки, полученные здесь, имеют немаловажное значение для подготовки высококвалифицированных специалистов. Наконец, деловые игры преследуют и воспитательные цели. Они помогают воспитать у студента любовь к

своей будущей профессии, понять основные преимущества и недостатки выбранной профессии.

Эти процессы позволяют понять студентам всю сложность и процессуальную строгость судебного разбирательства, прочувствовать его эмоциональное напряжение<sup>1</sup>.

Есть ли необходимость перестраивать обучение в юридических вузах?

Таким образом, необходимость внедрения и усиления практико-ориентированного обучения вроде бы очевидна.

Проанализировав компетенции по образовательному стандарту по подготовке юристов, следует отметить, что специалист должен уметь толковать и применять законы и другие нормативные правовые акты; обеспечить соблюдение законодательства в деятельности государственных органов, физических и юридических лиц; юридически правильно квалифицировать факты и обстоятельства; разрабатывать документы правового характера, осуществлять правовую экспертизу нормативных актов, давать квалифицированные юридические заключения и консультации; принимать правовые решения и совершать иные юридические действия в точном соответствии с законом; вскрывать и устанавливать факты правонарушений, определять меры ответственности и наказания виновных; предпринимать необходимые меры к восстановлению нарушенных прав; систематически повышать свою профессиональную квалификацию, изучать законодательство и практику его применения, ориентироваться в специальной литературе. Формирование этих компетенций невозможно без обязательной практики в судебных органах и органах юстиции<sup>2</sup>.

В связи с этим появляются предложения полностью перестроить систему подготовки студентов в юридических вузах, восприняв одну из западных систем.

В то же время есть серьезные противники такой перестройки. И главный из этих противников – Верховный Суд РФ.

Вот что утверждает Верховный Суд РФ:

В последнее время в СМИ появились отдельные публикации с предложениями реформировать российскую систему профессиональной подготовки судей. За основу предлагается взять либо французскую, либо польскую модель формирования судейского корпуса. По общей тональности подобные инициативы заставляют вспомнить об Указе Петра I «О ношении платья на манер Венгерского».

---

<sup>1</sup> Использованы материалы, подготовленные С.А. Акимбековой, доктором юридических наук, академическим профессором Каспийского университета.

<sup>2</sup> См.: *Лапина И.Е., Аркадьева Т.А., Валеева М.А.* Указ. соч.

Для объективной оценки таких предложений необходимо прежде всего признать, что система профессиональной подготовки судей (как и любой другой аспект судебной деятельности) должна соответствовать индивидуальным особенностям конкретного правопорядка. Некритическое заимствование какой-либо формы без учета содержания – верный путь к регрессу.

В Российской Федерации невозможно построить судебную систему на польский или французский «манер». Российская судебная система насчитывает более 150 лет своего развития, и вполне естественно, что за это время в России сформировались определенные традиции, особенности и тенденции правового регулирования. Аналогичные процессы происходят во всех мировых правопорядках. Исторический опыт показывает, что слом сложившейся системы под лозунгами в духе «сделаем так, как на Западе» может привести только к дезорганизации.

Почему в России сложилась модель профессиональной переподготовки судей, отличающаяся от западной модели «предварительной» подготовки судей, проходящей до назначения кандидата на судейскую должность?

Причина заключается в том, что в западных юридических школах сформировалась иная образовательная модель. Особый акцент здесь делается не на теории, а на практических занятиях, игровых судебных процессах, обсуждении конкретных судебных прецедентов, воркшопах с практикующими юристами и т.д.

Изначально по такой модели формировались юридические вузы в странах англосаксонской системы. В Европе юридическое образование носило фундаментальный характер, однако впоследствии влияние англо-американской системы взяло верх, и юридическое образование все больше «кренилось» в сторону практикоориентированности. Произошло это еще в конце XIX века: экспертам хорошо известна реформа юридического образования 1896 года в Германии, когда учебные планы были перестроены таким образом, что большую часть обучения занимали практические занятия по конкретным отраслям права.

В России система юридического образования иная: приоритет отдается фундаментальным правовым дисциплинам. Данное отличие обусловлено историческими особенностями, и прежде всего тем, что англо-американская система по сравнению с Европой оказывала на наш правопорядок минимальное влияние. Свою позитивную лепту внес и советский период развития высшего образования, акцентировавший внимание на фундаментальных дисциплинах и давший миру плеяду блестящих ученых-правоведов.

Описанные различия в системах юридического образования предопределяют различные подходы к профессиональной подготовке судей. В Европе приоритетное внимание в университетах уделяется практическим вопросам, в связи с чем судьям необходимо дополнительное образование в сфере теоретических дисциплин. В России университетское образование носит преимущественно фундаментально-теоретический характер, и поэтому оптимальной моделью является дополнительное обучение судей практическим навыкам.

В связи с этим в ходе переподготовки судей в России основное внимание уделяется практическим навыкам судейской работы, связанным с толкованием и применением закона. Применяются методы деловых игр, круглых столов, «мозговых штурмов», обсуждения казусов и т.д. К образовательному процессу привлекаются преподаватели университета, имеющие наивысший рейтинг по итогам опросов студентов, практикующие судьи, представители других юридических профессий.

Важно, что учредителем Российского государственного университета правосудия как единого центра профессиональной переподготовки судей является Верховный Суд Российской Федерации, осуществляющий кураторство переподготовки судей. Тем самым обеспечивается конституционный принцип независимости судебной власти, который был бы нарушен в случае, если бы учредителем центра подготовки судей был орган исполнительной власти. Неудивительно, что по традиции наиболее активное участие в переподготовке судей принимают именно судьи Верховного Суда, передающие учащимся богатый опыт правоприменения, а также социальный опыт жизни и работы в судебском сообществе.

Приоритетная роль судей Верховного Суда в образовательном процессе обеспечивает единство судебной практики и высокий уровень знаний, с опорой на руководящие разъяснения Пленума Верховного Суда и утверждаемые Президиумом Верховного Суда обзоры судебной практики. Разветвленная региональная сеть Университета позволяет эффективно осуществлять переподготовку судей с высоким уровнем территориальной доступности.

После окончания профессиональной переподготовки на образовании судей не «ставится крест». Действующие судьи регулярно проходят повышение квалификации с учетом изменений законодательства и правоприменительной практики. В 2017 году такое повышение квалификации прошли около 900 судей.

Таким образом, российская система переподготовки судей исто-

рически обусловлена и позитивно зарекомендовала себя на практике. Тот факт, что в России действует система профессиональной переподготовки судей после их назначения на должность, вовсе не означает, что при назначении на судейскую должность не учитываются профессиональные навыки кандидатов. Напротив, существующие квалификационные требования к кандидатам в судьи предусматривают весьма высокую планку профессиональных знаний и практического опыта: каждый кандидат должен иметь не только высшее юридическое образование, но и определенный стаж работы в области юриспруденции (в зависимости от уровня суда от 5 до 15 лет).

Кроме того, кандидаты в обязательном порядке сдают квалификационный экзамен, включающий теоретические вопросы, практические задачи и задание по подготовке проекта судебного акта. Такой порядок отбора позволяет сделать обоснованный вывод о готовности кандидата к работе по отправлению правосудия.

От экспертов, призывающих выстраивать российскую модель формирования судейского корпуса по образцу других стран, до сих пор не прозвучало ни одного аргумента в пользу того, что переподготовка (повышение квалификации) судей должна происходить непременно до их назначения на должность, а не после такого назначения.

Между тем следует отметить, что переподготовка кандидатов в судьи до их назначения на должность имеет очевидно негативные социальные последствия. Человек, потративший годы на предварительную подготовку к судейской работе, в итоге может потерпеть неудачу и не дожидаться желаемого назначения. Нередко это происходит по причинам, связанным не с уровнем профессионализма, а с совсем другими критериями (родственными, личными и т.д.). Такие ситуации крайне негативно сказываются на дальнейшей жизни людей, оказавшихся «выброшенными на обочину» профессии.

Отдельно хотелось бы прокомментировать некоторые упреки в адрес российского судейского корпуса, звучащие в публикациях о профессиональной подготовке судей «на польский манер». Судьи в таких публикациях характеризуются как «неспособные погрузиться в нестандартный правовой вопрос», указывается на «низкое качество кадров» и «отсутствие независимости». Объективных аргументов, подтверждающих эти упреки, никогда не приводилось и не приводится. Такого рода суждения в большей степени представляют собой лозунги или мантру, адресующиеся не к разуму, а к эмоциям тех людей, которые изначально имеют негативное мнение о судебной системе по причине своих процессуальных поражений

или ангажированных публикаций в СМИ. Подобная аргументация носит популистский характер.

Судейское сообщество ни в коей мере не идеализирует существующий порядок профессиональной подготовки и переподготовки кандидатов на судейские должности и судей. Мы готовы к открытому обсуждению всех аспектов судебной деятельности, конструктивной критике и новым предложениям. Однако мы призываем к тому, чтобы подобные обсуждения были свободны от популистских лозунгов и некритической идеализации опыта других государств<sup>1</sup>.

## 69.5. ВЫВОДЫ

Таким образом, есть две точки зрения: полностью перейти на западную модель подготовки студентов к судейской работе и оставить все как есть.

Истина, как часто бывает, лежит посередине. Несомненно, следует сохранить сложившуюся систему образования с упором на теоретические курсы и систему приема на работу и переквалификации судей. Нельзя устраивать очередную перестройку всего юридического образования. И так в результате поспешных, непродуманных реформ юридическое образование находится в глубоком упадке.

В то же время необходимо резко расширить на последних курсах университета практикоориентированное обучение с проведением конкретных судебных дел, привлечением в качестве преподавателей судей, внедрением обязательной судебной практики и т.п.

Следует ввести в учебный процесс обязательное требование при проведении занятий по ведущим юридическим специальностям (гражданское и уголовное право, гражданский и уголовный процесс, семейное и трудовое право и т. д.) существенную часть времени (до одной трети) посвящать проведению учебных судебных процессов по реально существующим делам с привлечением к организации их проведения судей и других практикоориентированных мероприятий.

Верховный Суд должен взять под контроль организацию производственной практики студентов в судах. В настоящее время эта

---

<sup>1</sup> См.: Виктор Викторович Момотов – председатель Совета судей Российской Федерации, судья Верховного суда Российской Федерации, доктор юридических наук, профессор: У России есть собственная модель формирования судейского корпуса. Некритическое заимствование иностранных «манер» без учета их исторического контекста – верный путь к регрессу. – Информация с Сайта Верховного Суда РФ. – [https://vsrf.ru/press\\_center/mass\\_media/27290/](https://vsrf.ru/press_center/mass_media/27290/).

практика проводится хаотически, студенты в основном выполняют техническую работу. Необходимо заинтересовать судей, поощрять их за хорошую организацию практики и привлекать к дисциплинарной ответственности за невыполнение требований по организации производственной практики студентов.

Это будет способствовать тому, что студенты, получив хороший теоретический багаж, в то же время выйдут из вуза готовыми к практической работе.

Нуждается также в существенном улучшении работа магистратуры Академии правосудия при Верховном Суде РК.

**МАЙДАН СУЛЕЙМЕНОВ**

**ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО  
РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН:  
ОПЫТ ТЕОРЕТИЧЕСКОГО  
ИССЛЕДОВАНИЯ**

**Том 6**

**Часть третья. ПРАКТИЧЕСКАЯ**

**Раздел 6**

**Международное частное право  
и процессуальное право**

Редактор *А.Б. Баирова*

Техн. редактор *К.К. Мухамедин*

Подписано в печать 14.05.21. Формат 60×90<sup>1/16</sup>.

Гарнитура «Times New Roman». Печ.л. 19,5.

Тираж 300 экз. Заказ №

Республика Казахстан. ТОО «Тамыр».  
050012, г. Алматы, ул. Толе би, 127, тел.: 383-60-87.

E-mail: [zaine777@mail.ru](mailto:zaine777@mail.ru).

Отпечатано в типографии ТОО «Курсив»  
тел.: 269-62-26.