

К вопросу о законности состава третейского суда с участием адвоката. Последние тенденции российской судебной практики.

Д.В.Носова, партнер, адвокат Адвокатского бюро «Андрей Городисский и партнеры»



Работа посвящена вопросу участия лица, имеющего статус адвоката, в третейском разбирательстве в качестве третейского судьи. В статье рассматриваются исторические аспекты правового регулирования статуса адвоката в контексте ограничений на занятие другими видами деятельности, помимо непосредственно адвокатской, а также связанный с этим вопрос о допустимости исполнения адвокатом функций третейского судьи. Автор анализирует российскую судебную практику 2008 и первой половины 2009 года по делам об оспаривании и о принудительном исполнении решений третейских судов, принятых с участием в их составе адвокатов, а также приводит позицию Высшего Арбитражного Суда РФ по этому вопросу и некоторые процессуальные особенности пересмотра вынесенных ранее судебных актов.

Ключевые слова: третейский суд, состав третейского суда, третейский судья, адвокат.

Планомерное развитие в последние годы альтернативных способов урегулирования гражданско-правовых конфликтов в нашей стране свидетельствует о росте авторитета третейских судов. Преимущества передачи спора на разрешение третейскому суду неоднократно обсуждались исследователями и юристами-практиками. Вместе с тем, в ряде случаев принятые третейским судом решения требуют вмешательства судебной системы государства. Порядок взаимодействия третейских и государственных судов обусловлен особенностями третейского разбирательства, основан на принципах законности и взаимного признания процессуальных актов и действий, законодательно регламентирован.

Учитывая частный характер альтернативных способов урегулирования споров, решения, принятые по результатам их рассмотрения, могут быть исполнены сторонами добровольно либо принудительно на основании выданного государственным судом исполнительного листа. Таким образом, участие государства в деятельности третейских судов по разрешению правовых конфликтов выражается, в частности, в реализации функций по принудительному исполнению решений третейских судов. Кроме того, государство осуществляет контрольные функции при рассмотрении судом заявлений об оспаривании решений третейских судов. Суд в случае обращения заинтересованного лица и при наличии установленных законом оснований может отменить решение третейского суда. Таким образом, государство, предоставляя физическим и юридическим лицам право на защиту своих интересов любыми не противоречащими законодательству способами, определяет правила осуществления такой защиты при рассмотрении спора в

ТРЕТЕЙСКИЙ СУД

третейских судах и предусматривает порядок и условия отмены решений третейских судов, а также применение мер принуждения при отказе от добровольного исполнения таких решений.

Третейский суд рассматривает возникший между сторонами спор исключительно в силу добровольного согласия обеих сторон на передачу спора такому суду. Вопрос формирования состава третейского суда неразрывно связан с понятием и статусом третейского судьи. Согласно ст. 2 Федерального закона «О третейских судах в Российской Федерации» (далее — Закон о третейских судах) третейский судья — физическое лицо, избранное сторонами или назначенное в согласованном сторонами порядке для разрешения спора в третейском суде. Третейский судья (единолично или в составе третейского суда) разрешает спорные правоотношения, переданные на рассмотрение третейского суда, наделяется соответствующими полномочиями волей сторон, которые договорились о третейском разбирательстве их спора. Это крайне важное для третейского судопроизводства положение, закрепляющее свободу волеизъявления лиц, передающих свой спор на разрешение третейского суда, путем назначения самими спорящими сторонами третейских судей, которые могут разрешить конфликт, является отличительной чертой третейское разбирательства от государственного судопроизводства.

В процессе возрождения и развития в России института третейского разбирательства актуальным является вопрос о том, кто вправе выступать в качестве третейского судьи. Ведь качество разбирательства спора в третейском суде напрямую зависит от профессиональности и квалификации состава корпуса третейских судей (единоличного третейского судьи), разрешающего спор. Нормативные требования, предъявляемые к третейскому судье, определены в ст. 8 Закона о третейских судах. Совокупность этих требований является составной частью положений, определяющих правовой статус третейского судьи. Эти требования установлены государством и не могут быть исключены соглашением сторон; они имеют как формализованный характер (наличие полной дееспособности, отсутствие судимости и т. д.), так и субъективно-оценочное значение (способность обеспечить беспристрастное, независимое, справедливое и законное разрешение переданного на разрешение спора). Сами стороны или постоянно действующие третейские суды вправе также установить дополнительные (например, квалификационные) требования к кандидатуре третейского судьи.

Как отмечает Е. А. Васильев, проблема формирования состава третейского суда для рассмотрения и разрешения спора, «является одной из важнейших процессуальных проблем не только в самом начале производства по делу, но и остается актуальной вплоть до его завершения»¹. В том случае, если требования, которые предъявляются к кандидатуре судьи, не исполнены в процессе формирования состава третейского суда, возникают основания для признания незаконности соответствующего третейского суда и, как следствие, для отмены его решения либо отказа в его принудительном исполнении. При этом исследователи обращали внимание на то, что нормативные акты, устанавливающие регулирование в контексте установления ограничений на исполнение определенными лицами функций третейских судей в России, в ряде случаев противоречили друг другу, а также иным законодательным актам.

Так, одним из спорных вопросов в аспекте соблюдения требований законодательства, а, следовательно, законности состава третейского суда, был вопрос о возможности участия адвоката в третейском разбирательстве в качестве третейского судьи. Следует отметить, что положительный или отрицательный ответ на этот вопрос непосредственно влияет на возможность отмены решения третейского суда либо отказа в выдаче исполнительного листа судебным органом по основаниям нарушения установленных законом требований при формировании состава третейского суда.

На указанное обстоятельство вынужден был обратить внимание Высший Арбитражный Суд РФ, указав в п. 25 Информационного письма от 22 декабря 2005 г.

¹ Васильев Е. А. Формирование состава арбитража. Квалификация арбитров // Актуальные вопросы международного коммерческого арбитража: К 70-летию Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации / Отв. ред. А. С. Комаров. М., 2002. С. 53.

№ 96 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел о признании и приведении в исполнение решений иностранных судов, об оспаривании решений третейских судов и о выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение решений третейских судов», что арбитражный суд отказывает в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда, если установит, что лицо, выступающее в качестве третейского судьи (арбитра), не вправе быть третейским судьей (арбитром) в соответствии с законодательством РФ.

Согласно п. 7 ст. 8 Закона о третейских судах, третейским судьей не может быть физическое лицо, *которое в соответствии с его должностным статусом, определенным федеральным законом, не может быть избрано (назначено) третейским судьей.* Таким образом, применительно к лицам, имеющим статус адвоката, требуется установить, имеют ли место законодательно установленные ограничения, которые не позволяют адвокатам выполнять функции третейского судьи.

Федеральный закон от 31 мая 2002 года № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» (далее — Закон об адвокатуре), вступивший в силу с 1 июля 2002 г. и пришедший на смену Закону об адвокатуре СССР 1979 г. и Положению об адвокатуре в РСФСР 1980 г., установил принципы организации деятельности адвокатуры, порядок, формы и методы осуществления адвокатской деятельности, закрепил права и обязанности адвокатов. Согласно Закону об адвокатуре, адвокатом является лицо, получившее в установленном законом порядке статус адвоката и право осуществлять адвокатскую деятельность. Под адвокатурой понимается профессиональное сообщество адвокатов, которое, будучи институтом гражданского общества, не входит в систему органов государственной власти и органов местного самоуправления, действует на основе принципов законности, независимости, самоуправления, корпоративности, равноправия адвокатов. Основной задачей адвокатской деятельности является оказание квалифицированной юридической помощи физическим и юридическим лицам в целях защиты их прав, свобод и интересов, а также обеспечения доступа к правосудию.

Наличие у адвоката особого статуса дает ему определенные преимущества при оказании юридической помощи доверителю, поскольку при осуществлении своей деятельности он является независимым советником по правовым вопросам. Адвокаты также в своей деятельности руководствуются не только законом, но и профессиональной этикой. Так, Первым Всероссийским съездом адвокатов 31 января 2003 г. утвержден Кодекс профессиональной этики адвоката, ст. 5 которого гласит, что профессиональная независимость адвоката является необходимым условием доверия к нему, адвокат должен избегать действий, направленных на подрыв доверия, а злоупотребление доверием несовместимо со званием адвоката.

В статье 2 Закона об адвокатуре, посвященной правовому статусу адвоката, закреплены основные права и полномочия адвокатов, в частности установлены ограничения на совмещение собственнo адвокатской (квалифицированная юридическая помощь, оказываемая на профессиональной основе лицами, получившими статус адвоката) и иной деятельности. Такие ограничения, прежде всего, базируются на указанном принципе независимости адвокатуры. Таким образом, законодательное установление ряда ограничений в отношении деятельности адвокатов, которые будут рассмотрены ниже, было необходимым элементом регулирования работы адвокатуры и в целом исходило из исторически сложившихся основ этого института.

До вступления в силу Закона об адвокатуре действовал Закон СССР от 30 ноября 1979 г. № 1165-Х «Об адвокатуре в СССР» (прекратил действие с 1 июля 2002 года), в ст. 5 которого содержались ограничения деятельности адвокатов: *Члены коллегии адвокатов и стажеры не могут состоять на службе в государственных и общественных организациях. Исключение может быть допущено президиумом коллегии адвокатов для лиц, занимающихся научной или педагогической деятельностью, а также в других случаях, предусмотренных Положением об адвокатуре союзной республики.*

Положение об адвокатуре РСФСР, утвержденное Законом РСФСР от 20 ноября 1980 г. в ст. 11 практически повторяло указанную норму Закона СССР с некоторыми уточнениями: *Члены коллегии адвокатов и стажеры не могут состоять на службе в государственных и общественных организациях. Исключение может быть допущено*

президиумом коллегии для лиц, занимающихся научной или педагогической деятельностью, а также для членов коллегии, работающих в районах, в которых объем адвокатской работы является недостаточным. Таким образом, адвокатам фактически запрещалось работать по найму (состоять на службе), за исключением тех, кто занимался наукой и преподаванием, при этом данный запрет формально не распространялся на коммерческие организации, что в общем корреспондировало исторической, обстановке, которая существовала в то время.

С принятием Закона об адвокатуре ограничения на иную деятельность адвокатов были сформулированы в более расширенном виде: п. 1 ст. 2 Закона предусматривал, что *адвокат не вправе заниматься другой оплачиваемой деятельностью, за исключением научной, преподавательской и иной творческой деятельности*. Иными словами, адвокату позволялось заниматься наряду с непосредственно адвокатской деятельностью лишь оплачиваемой деятельностью, относившейся только к занятиям наукой, преподаванию и творчеству.

В связи с этим, применительно к участию лица, имеющего статус адвоката, в третейском разбирательстве в качестве третейского судьи в целом было единодушным мнение юристов о наличии установленного законом запрета, не позволяющего адвокату выступать в качестве третейского судьи, исходя из требований ст. 8 Закона о третейских судах, поскольку такая функция могла быть квалифицирована как «другая оплачиваемая деятельность». Хотя Закон о третейских судах прямо не запрещает освободить стороны от уплаты гонорара третейскому судье, осторожный подход к этому вопросу в целом превалировал. Как отмечал О. Ю. Скворцов, *«В настоящее время вряд ли можно утверждать о том, что адвокат вправе осуществлять полномочия третейского судьи. Вместе с тем следует отметить, что если исходить из единой направленности деятельности третейских судей и адвокатов — защиты прав заинтересованных лиц, в том числе путем достижения полюбовного соглашения по существующей коллизии, то было бы оправданным внесение соответствующих изменений в Федеральный закон «Об адвокатской деятельности и адвокатуре», позволяющих адвокатам участвовать в третейском разбирательстве в качестве третейских судей при условии, конечно, что адвокат не связан с участвующими в третейском разбирательстве лицами клиентскими отношениями»².*

20 декабря 2004 года Федеральным законом № 163-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» п. 1 ст. 2 Закона об адвокатуре был изменен и изложен в следующей редакции: *«Адвокат не вправе вступать в трудовые отношения в качестве работника, за исключением научной, преподавательской и иной творческой деятельности, а также занимать государственные должности Российской Федерации, государственные должности субъектов Российской Федерации, должности государственной службы и муниципальные должности»*.

Как видно из текста новой редакции статьи, в Закон об адвокатуре внесены уточнения общего характера в отношении вида иной деятельности: ранее она именовалась как «другая оплачиваемая деятельность», а после внесения изменений ограничение распространяется на «трудовые отношения» адвоката, выступающего в качестве работника. С другой стороны, конкретизирован прямой запрет на занятие адвокатом государственных и муниципальных должностей (высказывались мнения, что это было вызвано тем, что некоторые адвокаты занимали такие должности, ссылаясь на государственную службу как особый вид профессиональной служебной деятельности граждан, который не относится к «другой оплачиваемой деятельности»).

Таким образом, перечень запрещенных для адвоката видов деятельности был сужен и конкретизирован: трудовая деятельность в качестве работника (кроме научной, преподавательской и творческой), а также государственная и муниципальная служба. Однако, как показала судебная практика, а также высказанные юристами мнения, новая редакция ст. 2, тем не менее, не ответила однозначным образом на вопрос о

² Скворцов О. Ю. Третейское разбирательство предпринимательских споров в России: проблемы, тенденции, перспективы. М., 2005.

возможности адвокатам участвовать в рассмотрении споров в качестве третейских судей. С одной стороны, прямого запрета в Законе об адвокатуре нет, а статус третейского судьи не предполагает заключение трудового договора и, конечно, не относится к государственной или муниципальной службе. С другой стороны, в отсутствие прямого дозволения молчание законодателя дало повод сомневаться в правомерности совмещения адвокатской деятельности и функций третейского судьи.

Так, уже после вступления в силу изменений высказывались отрицательные мнения по данному вопросу. «Как показал анализ правил, положений и регламентов ряда постоянно действующих третейских судов из различных субъектов РФ, наиболее остро в настоящее время стоит проблема с нарушением содержащегося в ч. 1 ст. 2 Закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» ограничения на участие адвокатов в качестве третейских судей. Так, в Список арбитров (третейских судей) спортивного арбитража при ТПП РФ включены: председатель коллегии адвокатов «Инюрколлегия» и адвокат, а в Список третейских судей Третейского суда для разрешения экономических споров при ТПП РФ — заведующая юридической консультацией, т. е. также адвокат... Возможно, подобное положение объясняется тем, что адвокаты на протяжении длительного времени на законных основаниях исполняли в нашей стране функции третейских судей... Однако это время давно прошло, и законодательство, регламентирующее отечественное третейское судопроизводство, кардинально изменилось»³.

В пункте 7 ст. 8 Закона о третейском суде содержится требование о том, что третейским судьей не может быть лицо, которое в соответствии с его должностным статусом, *определённым федеральным законом*, не может быть избрано (назначено) третейским судьей. Однако в законах, регулирующих должностной статус определенных лиц (например, работников прокуратуры, милиции, государственных служащих, судей Конституционного суда), фигурируют положения общего ограничительного характера («не вправе заниматься предпринимательской, *иной оплачиваемой деятельностью*, кроме преподавательской, научной и иной творческой деятельностью»; «не вправе заниматься любой деятельностью, *связанной с получением доходов*, кроме научной и преподавательской» и т. п.), которые требуют соответствующего толкования применительно к статусу третейского судьи. Ряд законов содержит все же вполне однозначные ограничения. Например, в ст. 6 Основ законодательства Российской Федерации «О нотариате» установлено, что нотариус не вправе заниматься «самостоятельной предпринимательской *и никакой иной деятельностью, кроме нотариальной*, научной и преподавательской; оказывать посреднические услуги при заключении договоров». Прямой запрет содержится в ч. 3 ст. 3 Закона РФ «О статусе судей в Российской Федерации», в которой указано, что «судья *не вправе быть: третейским судьей, арбитром...*».

В литературе отмечалось, что «если брать международную практику, то подобное ограничение достаточно необычно и существует только в малом числе стран, в частности, в Испании»⁴. Следует отметить, что в отношении арбитров международных коммерческих арбитражей, правовому положению и регулированию деятельности которых посвящен специальный Закон РФ «О международном коммерческом арбитраже» (далее — Закон о МКА), не предусмотрено «статусных» ограничений. В пункте 2 ст. 12 Закона о МКА названы два случая, когда имеют место основания для заявления отвода арбитру: наличие обоснованных сомнений в его беспристрастности или независимости либо несоответствие квалификационным требованиям, оговоренным в соглашении сторон. Иных оснований не предусматривается. Более того, в Законе о МКА не раскрывается понятие «обстоятельств, вызывающих обоснованные сомнения относительно беспристрастности или независимости», что позволяет оценивать эти факторы, исходя из конкретных обстоятельств и специфики дела. То есть в данном случае имеет место более гибкое регулирование и отсутствие прямо установленных требований в отношении лиц, статус которых препятствует исполнению роли арбитра, что

³ Балашов А. Н., Зайцев А. И., Зайцева Ю. А. Третейское судопроизводство в Российской Федерации: учебное пособие. М., 2008.

⁴ Зыкин И. С. Статус арбитра в международном коммерческом арбитраже // Третейский суд. 2003. № 1. С. 88.

позволяет формировать состав арбитража, исходя из установленных правил и принципов закона и соответствующих регламентов. Однако, прямой запрет Закона «О статусе судей в Российской Федерации» все же препятствует российским судьям выступать в качестве арбитров международного коммерческого арбитража.

Несмотря на наличие неопределенности положений законодательства по рассматриваемой проблематике, тем не менее, возрастающее распространение третейских судов, использование альтернативных способов разрешения споров и наряду с этим необходимость привлечения квалифицированных специалистов, имеющих достаточный практический опыт, требуемый в разрешении коммерческих споров, привело к тому, что адвокаты стали входить в списки третейских судей и арбитров. Более того, стали создавать постоянно действующие третейские суды непосредственно при адвокатских образованиях, а 2 декабря 2008 года был образован Третейский суд для разрешения экономических споров при Федеральной палате адвокатов РФ, в Регламенте которого указывается, что он является *самостоятельным постоянно действующим третейским судом, осуществляющим свою деятельность в соответствии с Федеральным законом «О третейских судах в Российской Федерации»*. В этот суд входят третейские судьи, включенные в список, утверждаемый Советом Федеральной палаты адвокатов Российской Федерации. При этом на момент образования этого третейского суда отмечалось, что адвокатское сообщество, *предоставляя предприятиям, организациям, предпринимателям новые возможности для развития, для цивилизованного ведения дел, для реализации своих гражданских прав, вступает в качественно новый этап своей деятельности; создание третейского суда при адвокатском сообществе является значимым событием как для всех участников адвокатского сообщества, так и для всего российского общества в целом и давно назревшей необходимостью*.

Коль скоро судебная практика по вопросам оспаривания решений третейских судов, их приведения в исполнение неизменно вызывает интерес практикующих юристов, целесообразно рассмотреть ряд судебных актов, принятых в последнее время по данному вопросу. Выше мы рассмотрели в порядке хронологии те преобразования, которые коснулись Закона об адвокатуре в части другой (помимо адвокатской) деятельности, которой разрешается заниматься адвокатам в соотношении с исполнением функции третейского судьи в рамках предусмотренных законом ограничений.

Вместе с тем, несмотря на то, что в Закон об адвокатуре еще в 2004 году были внесены соответствующие изменения, которые, казалось бы, устраняли сомнения в возможности привлечения адвоката к разрешению спора в качестве третейского судьи, тем не менее, до недавнего времени (в том числе и в текущем 2009 году) при рассмотрении споров, связанных с принудительным исполнением решений третейских судов, государственные арбитражные суды занимали позицию непризнания возможности ведения адвокатом такой деятельности и, как следствие, делали вывод о незаконности состава третейского суда, принимавшего подлежащее исполнению решение. Печальным итогом таких выводов является отказ в принудительном исполнении решений третейского суда, тем более, когда в результате обжалования это закрепляется в постановлении кассационной инстанции арбитражного суда.

Так, в Постановлении Федерального арбитражного суда Московского округа от 3 декабря 2008 г. № КГ-А40/10809-08 по делу об отмене определения Арбитражного суда г. Москвы, в котором суд первой инстанции не нашел оснований для отказа в принудительном исполнении решения третейского суда, указывается, что судом первой инстанции *«не учтена статья 8 Федерального закона «О третейских судах в Российской Федерации», императивно устанавливающая требования к кандидатуре третейского судьи. В частности, в ней предусмотрено, что третейским судьей не может быть физическое лицо, которое в соответствии с его должностным статусом, определенным федеральным законом, не может быть избрано (назначено) третейским судьей (пункт 7)*.

В соответствии с пунктом 1 статьи 2 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» от 31.05.02 № 63-ФЗ адвокат не вправе вступать в трудовые отношения в качестве работника, за исключением научной, преподавательской и иной творческой деятельности, а также занимать

должности государственной службы и муниципальные должности. Из этой нормы следует, что для адвокатов установлены запреты заниматься иной деятельностью, кроме перечисленной в ней. Рассмотрение споров, в том числе и в качестве третейского судьи к деятельности, разрешенной законом, не относится».

В связи с тем, что в состав суда был назначен действующий адвокат, ФАС Московского округа указал на нарушение императивных требований, установленных п. 7 ст. 8 Закона о третейских судах, и сделал вывод о том, что этот факт свидетельствует о рассмотрении дела незаконным составом третейского суда. Далее суд указывает: *«если совершены действия, прямо запрещенные законом или противоречащие основным принципам Российского права, в выдаче исполнительного листа по решению третейского суда может быть отказано».*

Таким образом, суд кассационной инстанции сослался на то, что адвокат был назначен третейским судьей в нарушение п. 7 ст. 8 Закона о третейских судах и счел, что в связи с указанным обстоятельством решение третейского суда принято незаконным составом суда, что нарушает основополагающий принцип российского права, установленный ст. 47 Конституции Российской Федерации, заключающийся в том, что никто не может быть лишен права на рассмотрение дела в том суде и тем судьей, к подсудности которых оно отнесено законом.

Такой подход был впоследствии поддержан и по другим делам, рассматриваемым в кассационной инстанции в связи с обжалованием определений судов первой инстанции о выдаче исполнительных листов в рамках принудительного исполнения решений третейских судов.

Федеральный арбитражный суд Московского округа в своем Постановлении № КГ-А40/13023-08 от 27 января 2009 г. при рассмотрении кассационной жалобы на определение Арбитражного суда г. Москвы об удовлетворении требования о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда усмотрел основания для отмены этого определения и отказа в выдаче исполнительного листа.

Суд кассационной инстанции полагает, что судом первой инстанции дано неверное толкование нормам ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» от 31.05.2002 № 63-ФЗ и сделаны неправомерные выводы о законности состава третейского суда. По мнению суда, из нормы п. 1 ст. 2 Закона об адвокатуре *«следует, что для адвокатов законом установлен запрет заниматься иной деятельностью, кроме перечисленной в ней. Рассмотрение споров, в том числе и в качестве третейского судьи к деятельности, разрешенной законом, не относится. Конституцией Российской Федерации гарантировано право граждан на законный суд. Состав компетентного третейского суда определяется в соответствии с указанными выше нормами закона. Решения, принимаемые незаконным составом судей, с нарушением конституционных норм, нарушают и основополагающие принципы российского права, в связи с чем не подлежат принудительному исполнению».* Исходя из этого, поскольку в состав третейского суда, рассмотревшего дело, были включены два адвоката, ФАС Московского округа усмотрел, что состав третейского суда являлся незаконным (сформированным с нарушением закона), а следовательно, и принятое им решение не подлежит принудительному исполнению.

Следует, однако, отметить, что имела место и прямо противоположная позиция государственных судебных органов, что привело к путанице в судебной практике по данному виду споров. В пример можно привести Постановление Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 3 июня 2008 г. № Ф04-3326/2008(5739-А45-30). Кассационная инстанция, установив при принятии обжалуемого определения неправильное применение норм материального права, указывает, что *«вывод суда о незаконности состава третейского суда ввиду участия в нем адвоката является ошибочным. В материалах дела отсутствуют надлежащие доказательства, что третейский судья Г. обладает статусом адвоката. Как следует из письма Третейского суда Сибирского федерального округа... Г. является членом Благотворительного общественного фонда «Развитие», которым и учрежден вышеуказанный третейский суд, является третейским судьей. При осуществлении своих полномочий вознаграждения не получает, в трудовых отношениях в качестве работника с Третейским судом Сибирского федерального округа не состоит».* Кроме

того, указывается, что ст. 2 Закона об адвокатуре «не содержит запрета адвокату осуществлять деятельность третейского судьи».

Отсутствие единообразия в правоприменительной и судебной практике самым негативным образом сказывается на эффективности норм законодательства и дискредитирует установленные им принципы и институты. Коль скоро законодателем не предприняты меры для устранения неоднозначности толкования правовых норм, по сложившейся в последнее время «традиции» пробелы устраняются путем толкования соответствующих положений закона высшими судебными инстанциями. Так, принятое 31 марта 2009 года Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ № 17412/08, похоже, ставит точку на возможности различных подходов к рассматриваемой проблеме в арбитражных судах.⁵

В соответствии со ст. 304 АПК РФ основаниями для изменения или отмены в порядке надзора судебных актов, вступивших в законную силу, являются: нарушение оспариваемым судебным актом единообразия в толковании и применении арбитражными судами норм права; нарушение прав и свобод человека и гражданина согласно общепризнанным принципам и нормам международного права, международным договорам Российской Федерации; нарушение прав и законных интересов неопределенного круга лиц или иных публичных интересов.

Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации в порядке надзора отменил приведенное выше Постановление ФАС Московского округа от 03.12.2008, не согласившись с выводами суда кассационной инстанции относительно незаконности состава третейского суда, в котором в качестве третейского судьи было лицо, являвшееся адвокатом. Такие выводы были названы ошибочными и приведено правовое обоснование неправомочности указанной позиции ФАС Московского округа.

В частности, ВАС РФ указывает, что предусмотренное ст. 10 Закона о третейских судах право на избрание одного из судей состава третейского суда «не может рассматриваться в отрыве от обязанностей стороны спора действовать разумно и осмотрительно, а также независимо от тех рисков, которые с неизбежностью возникают в связи с заключением участником гражданского оборота третейского соглашения». Исходя из абз. 4 подп. 1 п. 2 ст. 46 Закона о третейских судах решение третейского суда не подлежит принудительному исполнению, если состав третейского суда и третейское разбирательство не соответствовали требованиям ст.ст. 8,10,11 и 19 указанного закона. Пункт 1 ст. 2 Закона об адвокатуре не допускает вступления адвоката в трудовые отношения и занятия им государственных и муниципальных должностей. Деятельность в качестве третейского судьи не опосредуется трудовым отношением, а должность третейского судьи не относится к государственным или муниципальным должностям.

Далее отмечается, что законодательство в ряде случаев устанавливает прямой запрет для определенных лиц осуществлять полномочия третейского судьи. Такой прямой законодательный запрет существует в отношении судей (п. 3 ст. 3 Закона «О статусе судей в Российской Федерации»). При этом историческое толкование показывает, что наличие в законе запрета на занятие судьями иной оплачиваемой работой, кроме преподавательской, научной и иной творческой деятельности (аналогично в действующем Законе об адвокатуре), не рассматривалось как достаточное для запрета судьям осуществлять деятельность в качестве третейского судьи, в связи с чем законодателю потребовалось дополнение названного закона упомянутым прямым запретом судьям быть третейскими судьями (п. 1 ст. 1 Федерального закона от 15.12.2001 № 169-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Закон Российской Федерации «О статусе судей в Российской Федерации»). Пункт 7 ст. 8 Закона о третейских судах и ст. 2 Закона об адвокатуре не содержат императивных норм, запрещающих адвокатам осуществлять полномочия третейского судьи в третейском судопроизводстве.

Кроме того, Президиум ВАС РФ констатирует, что практика включения адвокатов в число третейских судей является широко распространенной в Российской

⁵ Текст Постановления см.: Третейский суд. 2009. № 3. С. 64-71.

Федерации и указывает, что законодательство допускает участие адвоката в работе третейского суда в качестве третейского судьи при условии, что адвокат не связан с участвующими в третейском разбирательстве лицами клиентскими отношениями и не имеет иной заинтересованности в деле. Чтобы обосновать незаконность состава третейского суда, необходимо представить доказательства наличия у адвоката, назначенного третейским судьей по делу, клиентских отношений с лицом, участвующим в деле, равно как иной заинтересованности адвоката в исходе дела.

Также отмечается, что толкование положения ст. 8 Закона о третейских судах, данное в постановлении суда кассационной инстанции от 03.12.2008, существенно ограничивает права адвокатов и искажает смысл альтернативного судопроизводства, предусматривающего обязательное участие профессиональных юристов (п. 2 указанной статьи Закона), сообщество которых в значительной степени состоит из адвокатов. Такое истолкование закона приводит к дискриминации профессиональных юристов, относящихся к адвокатскому сообществу, по сравнению с юристами, не имеющими данного статуса. Кроме того подчеркивается, что деятельность адвокатов более подвержена регламентации, ограничениям и контролю, чем деятельность юристов, не являющихся адвокатами.

Указанное постановление суда кассационной инстанции отменено в связи с изложенным выше неправильным применением законодательства, которое, как отмечает Президиум ВАС РФ, нарушает единообразие в толковании и применении арбитражными судами норм права.

Далее последовала ожидаемая реакция на Постановление Президиума ВАС РФ в отношении принятых ранее постановлений федеральных арбитражных судов. Ознакомившись с позицией, которая дает возможность настаивать на исполнении решения третейского суда, в составе которого был адвокат, заинтересованные в этом лица посчитали необходимым добиться пересмотра в порядке надзора вынесенных постановлений кассационных инстанций, которые теперь уже явно идут вразрез с позицией, высказанной Президиумом ВАС РФ. В заявлении, поданном в Высший Арбитражный Суд РФ, о пересмотре постановления ФАС Московского округа от 27.01.2009 в порядке надзора компания-заявитель указывает на нарушение судами единообразия в толковании и применении норм права. По мнению компании, третейское решение подлежит принудительному исполнению в силу того, что оно вынесено законным составом суда, в котором были в том числе и адвокаты, поскольку в законодательстве отсутствует запрет на участие адвокатов в третейском разбирательстве споров в качестве судьи. Тем не менее, здесь потребуется учитывать следующие особенности процессуального характера.

Так, в связи с указанным заявлением и рассмотренным выше Постановлением ФАС Московского округа от 27.01.2009 было вынесено Определение Высшего Арбитражного Суда РФ от 12 мая 2009 г. № 2530/09, в соответствии с которым заявителю отказывается в пересмотре данного дела в порядке надзора и в связи с принятым Президиумом ВАС РФ Постановлением от 31.03.2009 указывается на возможность пересмотра дела по вновь открывшимся обстоятельствам.

В соответствии с ч. 4 ст. 299 АПК РФ дело может быть передано в Президиум ВАС РФ для пересмотра в порядке надзора оспариваемого судебного акта при наличии оснований, установленных ст. 304 АПК РФ. Коллегия судей ВАС РФ установила, что в рамках рассмотрения в кассационной инстанции дела о взыскании задолженности по договору суд посчитал, что спор был рассмотрен незаконным составом третейского суда, поскольку в его состав были включены адвокаты, а следовательно, его решение нарушает установленный ст. 47 Конституции РФ основополагающий принцип российского права и не подлежит принудительному исполнению.

В этой связи коллегия судей ВАС РФ в указанном Определении еще раз подчеркивает, что указанные законы не содержат императивных норм, запрещающих адвокатам осуществлять полномочия третейского судьи в третейском процессе, а действующее законодательство допускает участие адвоката в качестве третейского судьи при условии, что адвокат не связан с участвующими в третейском разбирательстве лицами клиентскими отношениями и не имеет иной заинтересованности в деле. Поскольку эта позиция определена в постановлении Президиума ВАС РФ от 31.03.2009

№ 17412/08, не имеется оснований для передачи дела в Президиум ВАС РФ для пересмотра в порядке надзора оспариваемых судебных актов.

Принимая во внимание, что практика применения положений Закона о третейских судах и Закона об адвокатуре определена ВАС РФ после принятия оспариваемых судебных актов, компания в соответствии с разъяснениями, изложенными в постановлении Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 14.02.2008 № 14 «О внесении дополнений в Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 12.03.2007 № 17 «О применении Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при пересмотре вступивших в законную силу судебных актов по вновь открывшимся обстоятельствам», имеет право в соответствии с п. 1 ст. 311 АПК РФ обратиться в арбитражный суд с заявлением о пересмотре судебного акта по вновь открывшимся обстоятельствам. Срок, предусмотренный АПК РФ для подачи заявления о пересмотре по вновь открывшимся обстоятельствам в данном случае начинает течь с момента получения копии определения об отказе в передаче дела в Президиум ВАС РФ (п. 5.1 Постановления Пленума ВАС РФ от 12.03.2007 № 17). При обжаловании в апелляционном или кассационном порядке судебного акта, основанного на положениях законодательства, практика применения которых после его принятия определена Высшим Арбитражным Судом РФ, суд учитывает правовую позицию ВАС РФ при оценке наличия оснований для изменения или отмены обжалуемого судебного акта.

В заключение хотелось бы отметить, что поскольку участники гражданского оборота заинтересованы в стабильности результатов третейского разбирательства, устранение противоречивой правоприменительной практики по данному вопросу, несомненно, имеет важное и, очевидно, положительное значение для дальнейшего развития института третейского разбирательства в России, а также позволит избежать в дальнейшем случаев оспаривания и отмены решений третейских судов, устранить причины для отказов в выдаче исполнительных листов по рассмотренным выше основаниям.

D. V. Nosova

On legitimacy of an arbitral tribunal with an attorney-at-law as arbitrator. Latest Trends in Russian Court Practice

Summary: *The article deals with issues connected with participation of a person having the status of an attorney-at-law in arbitration proceedings as an arbitrator. It dwells on historical regulation of attorney's status in terms of established restrictions from engaging in any activities other than attorney's practice, and the related issue of whether an attorney-at-law may act as an arbitrator. The author analyses the Russian court practice from 2008 till the first half of 2009 with regard to challenging and enforcement of arbitral awards rendered by arbitral tribunals that included attorneys-at-law as arbitrators. The author also discusses the latest standpoint of the Russian Supreme Arbitration Court on the issue, and certain procedural specifics of review of earlier court acts.*

Keywords: *arbitral tribunal, arbitrator, attorney-at-law.*