

Ехал ГРЕКО через реку.. О введении уголовной ответственности арбитров за преступления коррупционной направленности



А. В. ГРЕБЕЛЬСКИЙ, старший преподаватель кафедры международного частного и гражданского права им. С. Н. Лебедева МГИМО МИД РФ, управляющий партнер адвокатского бюро «Гребельский и Партнеры», Председатель Коллегии по международным и инвестиционным спорам Арбитражного центра при РСПП, кандидат юридических наук; a.grebelsky@gplaw.ru

Во исполнение международно-правовых обязательств Российской Федерации перед Группой государств против коррупции (ГРЕКО) в ноябре 2020 г. вступили в силу поправки к Уголовному кодексу РФ, устанавливающие ответственность за подкуп арбитра (третейского судьи). Вновь введенная статья 200⁷ предусматривает максимальную санкцию в виде лишения свободы на срок от 7 до 12 лет с выплатой штрафа в размере до девянострократной суммы подкупа и с лишением права заниматься определенной деятельностью на срок до 6 лет. Чтобы понять, насколько адекватны меры, принятые отечественным законодателем, в настоящей работе анализируются правовое регулирование, посвященное уголовной ответственности арбитров в зарубежных странах, и предлагаются аргументы «за» и «против» такой ответственности. В заключении обосновывается необходимость принятия дополнительных гарантий, направленных на защиту целостности арбитража, в связи с возможным недобросовестным использованием участниками третейских разбирательств антикоррупционной новеллы.

Ключевые слова: арбитраж (третейское разбирательство); международный коммерческий арбитраж; правовое положение арбитров; уголовная ответственность арбитров (третейских судей); статья 200⁷ Уголовного кодекса РФ; подкуп арбитра (третейского судьи); иммунитет арбитров.

7 ноября 2020 г. вступили в силу поправки в Уголовный кодекс РФ, предусматривающие ответственность за подкуп арбитра (третейского судьи)¹. Принятию поправок предшествовала длительная дискуссия в российском третейском сообществе².

¹ Федеральный закон от 27.10.2020 № 352-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и статью 151 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

² Ильичев П. А., Савранский М. Ю. О проектах введения уголовной ответственности для арбитров // Lex russica. 2020. № 9. С. 155–164; Хвалей В. В. Инструмент давления на арбитров? // Адвокатская газета. 14.10.2016: <http://old.advgazeta.ru/blog/posts/357> (дата посещения — 10.02.2021); Чирков А. П. Проблемы определения субъекта преступления коррупционной направленности // Уголовное право. 2013. № 5. С. 112–113.

Как неоднократно поясняли разработчики поправок, их принятие вызвано необходимостью исполнения международно-правовых обязательств Российской Федерации перед Группой государств против коррупции (ГРЕКО, Group of States Against Corruption — GRECO).

Россия вступила в ГРЕКО 1 февраля 2007 г., одновременно пообещав усовершенствовать национальное антикоррупционное законодательство. Экспертами группы был выработан ряд рекомендаций в адрес России³. Предложения, касающиеся уголовной ответственности третейских судей, были подготовлены в рамках третьего раунда работы экспертов и касались криминализации подкупа национальных и иностранных третейских судей и ратификации Дополнительного протокола к Конвенции об уголовной ответственности за коррупцию (далее — Конвенция)⁴.

На основании ст. 11 Конвенции государства-участники принимают законодательные меры, чтобы квалифицировать в качестве уголовных преступные деяния, о которых говорится в Конвенции (ст. 2 и 3), когда это касается каких-либо лиц, занимающих должности в судебных органах, или должностных лиц любого международного суда, юрисдикция которого признана государством — участником Конвенции.

Дополнительный протокол к Конвенции от 15.05.2003⁵ распространяет ее действие на арбитражных судей по торговым, гражданским и иным вопросам, а также на присяжных заседателей и дополняет, таким образом, положения Конвенции.

Как отмечает в своем докладе международная неправительственная организация по борьбе с коррупцией Transparency International⁶, подкуп национальных третейских судей до введения соответствующих поправок в уголовное законодательство квалифицировался в России по признакам составов преступлений, применимых к подкупу лиц в частном секторе. Также, по мнению разработчиков доклада, не был законодательно криминализован подкуп третейских судей судов *ad hoc*.

В целях устранения предполагаемого пробела Генеральной прокуратурой Российской Федерации был разработан проект федерального закона «О внесении изменений в законодательные акты Российской Федерации в целях усиления ответственности за коррупцию»⁷. В дальнейшем к идее создать

³ Всего было подготовлено четыре пакета рекомендаций.

⁴ Конвенция Совета Европы об уголовной ответственности за коррупцию от 27.01.1999 // СПС «КонсультантПлюс».

⁵ Дополнительный протокол от 15.05.2003 к Конвенции Совета Европы об уголовной ответственности за коррупцию от 27.01.1999 // СПС «КонсультантПлюс». Дополнительный протокол подписан Российской Федерацией 7 мая 2009 г.

⁶ Логвинова М. А., Машанов Г. В., Мельник Н. Н. Анализ выполнения Россией рекомендаций Группы государств против коррупции (ГРЕКО) по внедрению международных стандартов (раунд III) / Под ред. И. В. Шуманова. М., 2019. 112 с.: <https://transparency.org.ru/special/greco/docs/greco-3.pdf> (дата посещения — 10.02.2021). При этом сам доклад организации пестрит терминологическими и иными неточностями. В частности, в разделе «Анализ правоприменения» говорится, что «в Российской Федерации действует только четыре третейских суда и не урегулированный законом один третейский суд. Решение суда в отношении указанных выше категорий лиц отсутствует». По ходу доклада неоднократно подчеркивается, что не осуществлена криминализация подкупа третейских судей судов *ad hoc*. Что под всем этим подразумевает столь авторитетная международная неправительственная организация, до конца не ясно.

⁷ См.: Асташкевич А. И. Об уголовной ответственности арбитров // Адвокатская газета. 17.10.2016: <https://www.advgazeta.ru/mneniya/ob-ugolovnoy-otvetstvennosti-arbitrov/> (дата посещения — 12.02.2021).

основание для привлечения арбитров к ответственности за коррупционные преступления подключилась группа депутатов⁸. Предложенные изменения должны были стать частью нового законодательства о третейской реформе, но в итоге их принятие было отложено. В конечном счете «успешным» стал проект федерального закона «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации в целях установления ответственности арбитров (третейских судей) за коррупцию»⁹.

В результате вновь введенная в Уголовный кодекс РФ статья 200⁷ «Подкуп арбитра (третейского судьи)» вводит специальные основания для привлечения к уголовной ответственности для двух категорий субъектов.

К первой категории относятся лица, осуществляющие подкуп арбитра. Им может быть инкриминирована незаконная передача арбитрам денег, ценных бумаг, иного имущества, а также незаконное оказание ему услуг имущественного характера, предоставление иных имущественных прав (в том числе когда по указанию арбитра эти имущество, услуги или права предоставляются иному физическому или юридическому лицу) за совершение действий или бездействие в интересах дающего или иных лиц, если указанные действия входят в полномочия арбитра либо если он в силу своего положения может способствовать указанным действиям (бездействию).

Ко второй категории относятся сами арбитры: им может быть инкриминировано незаконное получение денег, ценных бумаг, иного имущества, а также незаконное пользование услугами имущественного характера или иными имущественными правами (в том числе когда по указанию арбитра имущество, услуги или права предоставляются иному физическому или юридическому лицу) за совершение действий или бездействие в интересах дающего или иных лиц, если указанные действия или бездействие входит в полномочия арбитра либо если в силу своего положения он может способствовать указанным действиям (бездействию).

Обращает на себя внимание суровый размер ответственности третейских судей. Так, максимальная санкция, установленная ч. 8 указанной статьи, предусматривает лишение свободы на срок от 7 до 12 лет со штрафом в размере до девятикратной суммы подкупа и с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до 6 лет. При этом под особо крупным размером подкупа арбитра понимается сумма денег или стоимость имущества, ценных бумаг, услуг или имущественных прав, превышающая 1 000 000 руб., что, по меркам современного экономического оборота, не является столь уж крупной величиной.

При этом лицо, осуществляющее подкуп, может быть освобождено от уголовной ответственности, если оно активно способствовало раскрытию или расследованию преступления, либо если в отношении него имело место

⁸ Депутаты Государственной Думы А. Б. Выборный, В. В. Селиверстов, О. В. Савастьянова, О. И. Павлова, А. Л. Красов, Д. В. Саблин, А. А. Гетта.

⁹ Пояснительная записка к проекту федерального закона «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации в целях установления ответственности арбитров (третейских судей) за коррупцию // Официальный сайт Системы обеспечения законодательной деятельности Государственной Думы Федерального Собрания РФ: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/931211-7> (дата посещения — 12.02.2021).

вымогательство предмета подкупа, либо если это лицо добровольно сообщило о совершенном преступлении в орган, имеющий право возбудить уголовное дело (ч. 2 ст. 200⁷ УК РФ), в то время как для арбитра соответствующей «льготы» не предусмотрено.

Для сравнения за коммерческий подкуп (ст. 204 УК РФ), в качестве которого ранее предлагалось квалифицировать коррупционные деяния арбитров¹⁰, предусмотрено абсолютно аналогичное наказание, в то время как судьи государственных судов, совершившие преступления коррупционной направленности, караются более строго¹¹. Согласно ч. 6 ст. 290 Уголовного кодекса РФ, максимальный размер наказания для них за совершение преступных деяний в особо крупном размере — лишение свободы на срок от 8 до 15 лет со штрафом в размере до семидесятикратной суммы взятки и лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до 15 лет.

Введенный состав отнесен к гл. 22 Уголовного кодекса РФ «Преступления в сфере экономической деятельности» в качестве самостоятельного¹². Сделано это на основании официального отзыва Правительства Российской Федерации на проект федерального закона¹³, в котором отмечено, что предусмотренные законопроектом противоправные деяния арбитра не могут быть отнесены к преступлениям, объектом которых являются отношения в сфере интересов службы в коммерческих и иных организациях. Также в ходе принятия из проекта закона был исключен термин «иностраный арбитраж»¹⁴.

Хотя введение уголовной ответственности для арбитров за коррупционные преступления должно содействовать повышению международного имиджа России (в части выполнения международно-правовых обязательств) и «очередному» повышению доверия к институту третейского разбирательства со стороны предпринимательского сообщества, в действительности такие новеллы могут породить весьма серьезные проблемы.

В этой связи представляется необходимым проанализировать в сравнительном ключе имеющееся аналогичное правовое регулирование в отношении уголовной ответственности арбитров в зарубежных странах с тем, чтобы понять, насколько адекватны те меры, которые вводятся отечественным

¹⁰ Чирков А. П. Указ. соч. С. 112.

¹¹ Как отметил Следственный комитет, указанное не соответствует равной криминализации одних и тех же коррупционных деяний. При этом в заключении на проект закона было отмечено, что в зарубежных странах ответственность арбитров за коррупцию устанавливается в рамках одной правовой нормы вместе с ответственностью национальных судей и судей международных судов (§ 334(2) Уголовного кодекса ФРГ: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/), ст. 222 Уголовного кодекса Швейцарской конфедерации: https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/54/757_781_799/en#a63, ст. 434–9 Уголовного кодекса Франции: https://www.legislationline.org/download/id/3316/file/France_Criminal%20Code%20updated%20on%202012-10-2005.pdf, ст. 21 Уголовного кодекса Сингапура: <https://sso.agc.gov.sg/Act/PC1871>) (дата посещения ресурсов — 12.02.2021). К счастью, указанный довод не был услышан, в противном случае размер ответственности арбитров был бы выше.

¹² Первоначально с этим не согласился Верховный Суд Российской Федерации, предположив, что подкуп третейских судей в большей степени посягает на интересы самого арбитража, в том числе на нормальное функционирование постоянно действующих арбитражных учреждений как подразделений некоммерческих организаций, т. е. интересы службы в коммерческих и иных организациях (гл. 23 Уголовного кодекса РФ).

¹³ <https://sozd.duma.gov.ru/bill/931211-7> (дата посещения — 12.02.2021).

¹⁴ Соответствующее замечание было представлено как Правительством РФ, так и Верховным Судом Российской Федерации.

законодателем (I). Кроме того, необходимо оценить, насколько Российский правопорядок в целом и сфера третейского разбирательства в частности готовы к введению таких мер ответственности и насколько они соответствуют интересам развития арбитража в России и популяризации ее как места арбитража (II, III). На базе этого возможна выработка отдельных гарантий (как для арбитров, так и для процедуры третейского разбирательства), которые могли бы стать своеобразным «противовесом» для вновь принятых норм (IV).

I. Уголовная ответственность арбитров в зарубежных странах

Своего рода парадоксом в регулировании деятельности арбитров является то обстоятельство, что, несмотря на серьезные ограничения гражданско-правовой ответственности, их уголовная ответственность не ограничена ни в одном современном правопорядке. Объясняется это чаще всего тем, что уголовные правонарушения носят настолько серьезный характер, что не могут оставаться безнаказанными.

Нормы, предусматривающие уголовную ответственность арбитров в той или иной форме, прослеживаются в законодательстве многих стран, в частности: в Испании, уголовный кодекс которой содержит несколько общих статей о коррупционных преступлениях и устанавливает, что указанные статьи применяются также к арбитрам (ст. 419–423 УК Испании¹⁵); в Германии (ст. 331–335, 337, 339 УК ФРГ) и в Греции (ст. 237, 238 УК Греции¹⁶), где соответствующие статьи уголовных кодексов применяются одновременно к судьям государственных и третейских судов; в Австрии, где положение об уголовной ответственности арбитров введено также с учетом рекомендаций ГРЕКО (ст. 74 УК Австрии¹⁷); в США, где арбитры несут уголовную ответственность наравне с судьями государственных судов, а коррупция является самостоятельным основанием для отмены арбитражного решения (п. 2 ст. 10 Федерального закона США об арбитраже)¹⁸; в Англии, где доказанное обвинение в недобросовестном поведении лишает арбитра иммунитета от гражданско-правовой ответственности (ст. 29 Закона Англии об арбитраже 1996 г.)¹⁹.

В большинстве юрисдикций арбитры пользуются не абсолютным, а квалифицированным иммунитетом. Очевидной является тенденция, согласно которой иммунитет арбитров от гражданского и уголовного преследования в развитых правопорядках снижается.

Однако при решении вопроса о допустимости введения специальной уголовной ответственности арбитра необходимо, на наш взгляд, принимать во внимание некоторые особенности той или иной правовой системы, в первую очередь исторические. К примеру, в странах общего права и странах с континентальной правовой системой по-разному определяется объем иммунитета

¹⁵ https://www.legislationline.org/download/id/6443/file/Spain_CC_am2013_en.pdf (дата посещения — 12.02.2021).

¹⁶ <http://www.c00.org/p/greek-penal-code.html> (дата посещения — 12.02.2021).

¹⁷ <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002296> (дата посещения — 12.02.2021).

¹⁸ <https://arbitration.ru/upload/iblock/1c5/us-arbitration-act.pdf> (дата посещения — 12.02.2021).

¹⁹ <https://arbitration.ru/upload/iblock/a23/uk-arbitration-act-1996.pdf> (дата посещения — 12.02.2021).

арбитра. Как ни странно, на континенте этот объем меньше, а возможности для привлечения арбитра к ответственности, которая традиционно основывается здесь на договорной природе арбитража, шире²⁰, в то время как в странах общего права арбитры пользуются большим иммунитетом²¹.

Особый интерес для целей настоящего исследования представляют страны, где введение уголовной ответственности арбитров вызвало большой внутренний и международный резонанс (Китай, Объединенные Арабские Эмираты), а также юрисдикция, где вопрос о характере ответственности, которую могут понести третейские судьи, разрешен как на законодательном, так и на доктринальном уровне (Франция).

КНР

В июне 2006 г. Постоянно действующий комитет по законодательству КНР принял шестые поправки к уголовному закону. Фактически с этого момента арбитраж в Китае был подчинен в том числе и уголовному праву, поскольку введенные правила затрагивают в первую очередь существо арбитражного решения (ст. 399(1) Уголовного кодекса КНР²²).

Согласно введенной норме, если лицо, наделенное в силу закона полномочиями арбитра, принимая постановление в рамках арбитражного разбирательства, умышленно искажает фактические обстоятельства и применимые нормы права в случае, если такой акт касается значимых обстоятельств, оно должно быть подвергнуто тюремному заключению на фиксированный срок от 3 до 7 лет. Указанный состав правонарушения получил в законе наименование «арбитраж путем извращения закона» (arbitration by perversion of law)²³.

Указанная норма включена в гл. IX Уголовного кодекса Китая (ст. 397–419) «Преступления, связанные с неисполнением должностных обязанностей». Аналогичное положение имеется и в отношении неисполнения служебных обязанностей судьями государственных судов. В обоснование принятых поправок китайские авторы вторят пояснительной записке российского законопроекта: третейские суды выполняют публично значимые функции, схожие с функциями государственных судов, и исключение арбитров из числа лиц, которые могут быть подвержены ответственности, означает создание лазейки для обхода закона²⁴.

²⁰ В некоторых континентальных юрисдикциях арбитр несет ответственность за бездействие, ошибочное применение права, грубую небрежность, умышленное неправомерное поведение, а также за нарушение базовых принципов арбитражного разбирательства.

²¹ Veeder V. V. Arbitrators and Arbitral Institutions: Legal Risks for Product Liability? // American University Business Law Review. 2015. Vol. 5. Iss. 3. P. 335–353.

²² <https://zh.m.wikisource.org/zh-hant/中华人民共和国刑法> (дата посещения — 12.01.2021).

²³ Where a person, who is charged by law with the duty of arbitration, intentionally runs counter to facts and laws and twists the law when making a ruling in arbitration, if the circumstances are serious, he shall be sentenced to fixed term imprisonment of not more than three years or criminal detention; and if the circumstances are especially serious, he shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not less than three years but not more than seven years.

²⁴ Помимо Китая, аналогичные положения в отношении предвзятых арбитров внесены в уголовное законодательство Японии и Тайваня (см. ст. 197 Уголовного кодекса Японии: <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?id=3581&vm=04&re=01>, ст. 124 Уголовного закона Китайской Республики Тайвань: <https://law.moj.gov.tw/ENG/LawClass/LawAll.aspx?rcode=C0000001> (дата посещения ресурсов — 12.02.2021)).

Введение подобной уголовной ответственности обусловлено давней традицией китайского правопорядка реагировать на различные формы гражданско-правовых нарушений путем применения уголовного закона²⁵. Кроме того, китайские авторы отмечают, что в отличие от западной культуры, опирающейся на принцип верховенства права, традиционные азиатские культуры, в том числе китайская, построены на так называемом примате личных отношений, который заключается в создании сети неформальных связей. При этом традиционно услуга, которую оказывают лицу, наделенному властью, в будущем будет возвращена сторицей в соответствии с правилом неформального «кодекса»²⁶. На практике это означает, что арбитры с легкостью могут брать взятки и выносить заведомо неправосудные решения.

Сложившиеся традиции явно не соответствуют желанию китайского правительства стимулировать международный коммерческий оборот с китайскими предприятиями, в том числе посредством создания в стране надежной системы международного коммерческого арбитража.

Помимо этого, введение подобных норм в азиатских странах связывается с недолгой историей развития арбитража. Отдельные авторы указывают, что ментальные традиции жителей этих стран делают эффективное развитие независимого арбитража крайне затруднительным, что предопределяет необходимость введения правительствами жестких мер ответственности²⁷.

После принятия поправок стало очевидно, что новеллы входят в конфликт с международными стандартами в сфере арбитража, запрещающими проверку дела по существу. В качестве ответа на критику о противоречии норм об уголовной ответственности арбитров международно-правовым обязательствам Китая некоторые китайские специалисты указывают, что имеющееся противоречие в действительности оздоровит арбитражную систему КНР и поможет сделать ее привлекательным местом для международного арбитража: Китаю нет смысла ждать сотни лет, для того чтобы взрастить необходимые профессиональные качества арбитров, привить принципы профессиональной этики и культивировать для третейского разбирательства общественное доверие. Все это будет достигнуто в короткий срок посредством введения в том числе жесткого уголовно-правового регулирования²⁸.

Арбитражное сообщество в целом негативно отреагировало на принятые в Китае поправки в уголовный закон, отмечая, что они не соответствуют международной практике. Следует помнить, что арбитраж предполагает наличие у арбитров экспертных знаний по специальным вопросам. Это свойство арбитража выгодно отличает его от разбирательства в государственном суде, однако предполагает и необходимость предоставления арбитрам большей дискреции в применении материальных норм в ходе обоснования

²⁵ Xiaosong D. Criminal Liability of Arbitrators in China: Analysis and Proposals for Reform // Pacific Rim Law & Policy Journal. 2014. Vol. 23. № 2. P. 372–373.

²⁶ Kwang-Kuo H. Foundations of Chinese Psychology: Confucian Social Relations. New York, 2012. P. 297.

²⁷ Guoqiang L. Wangfa Zhongcaizui Sibian (枉法仲裁罪思辨) = Thoughts on the Crime of Distortion of the Law of Arbitration [on chinese] // Zhongguo Xingshifa Zazhi (中国刑事法杂志) // Journal of China's Criminal Law. 2009. Vol. 1. P. 63, 71. Cit. by: Xiaosong D. Op. cit. P. 352.

²⁸ Wei Ch. Wangfa Zhongcaizui Zhuisu Fangshi Zhi Biangengji Tichang (枉法仲裁罪追诉方式之变更及提倡) = The Change and Advocacy of Prosecution of Arbitration by Perversion of Law [on chinese] // Zhong Guo Xingshi Fa Zazhi (中国刑事法杂志) = Magazine on China's Criminal Science. 2008. Vol. 4. P. 57. Cit. by: Xiaosong D. Op. cit. P. 361.

решения для создания более гибких конструкций, отвечающих обстоятельствам конкретного дела и узкоспециальным вопросам, которые в нем заложены.

По мнению большинства авторов, китайское государство по-прежнему пытается регулировать сферу частных правоотношений, а сравнение арбитров с государственными судьями не учитывает того, что «когда арбитры примеряют на себя судейские ботинки, они носят их не на той ноге»²⁹.

ОАЭ

Пожалуй, наибольшую известность в части регулирования уголовной ответственности арбитров получило уголовное законодательство Объединенных Арабских Эмиратов. В 2017 г. в ст. 257 Уголовного кодекса ОАЭ³⁰ были внесены поправки, касающиеся уголовной ответственности арбитров: «Эксперт, арбитр, переводчик или следователь, который был назначен в судебном или административном порядке или избран сторонами и который принимает решение или выражает мнение [по специальному вопросу. — А. Г.], или предоставляет отчет, или выявляет причину, или доказывает факт происшествия в пользу лица или против него в нарушение обязанности действовать справедливо и беспристрастно, должен быть подвергнут временному тюремному заключению. Указанное лицо также не может выполнять возложенной на него обязанности в будущем»³¹.

Комментаторы нововведений отмечают, что статья действительно может использоваться проигравшей стороной в недобросовестном ключе, однако в большинстве своем эксперты уверены, что такие попытки будут пресекаться судебной системой³². В частности, указывается, что уголовное законодательство ОАЭ в качестве обязательного элемента уголовной ответственности предусматривает умысел, в силу чего в ходе уголовного разбирательства нужно будет доказывать, что небеспристрастность была намеренной, в то время как профессиональная халатность арбитров, даже грубая, влечет по законодательству ОАЭ лишь гражданско-правовую ответственность.

Отмечается, что в качестве реакции на эту поправку многие международные юридические фирмы наложили немедленный запрет на участие своих партнеров в качестве арбитров в третейских разбирательствах с местом в ОАЭ и призвали тех юристов, которые уже выступают в таком качестве, сложить с себя полномочия³³.

Как известно, правительство ОАЭ поставило перед собой амбициозную задачу — превратить государство в наиболее привлекательное место

²⁹ Rogers C. A. Regulating International Arbitrators: a Functional Approach to Developing Standards of Conduct // *Stanford Journal of International Law*. 2005. Vol. 41. P. 66–68.

³⁰ <https://legaladviceme.com/legislation/117/uae-federal-law-3-of-1987-promulgating-penal-code> (дата посещения — 12.02.2021).

³¹ Turrini M., Roshan A. Criminal Liability of Arbitrators Repealed in the UAE // *White&Case website. Publications & Events*. 30.11.2018: <https://www.whitecase.com/publications/alert/criminal-liability-arbitrators-repealed-uae> (дата посещения — 12.02.2021).

³² Blanke G. No More Penal Sanctioning of Arbitrators and Party-Appointed Experts in the UAE // *Kluwer Arbitration Blog*. 10.12.2018: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/12/10/no-more-penal-sanctioning-of-arbitrators-and-party-appointed-experts-in-the-uae> (дата посещения — 12.02.2021).

³³ Turrini M., Roshan A. *Op. cit.*

арбитража в регионе. По мысли законодателя этому должны были способствовать и принятые поправки. Однако страх перед тем, что уголовное расследование в отношении арбитра, предположительно нарушившего обязанность быть беспристрастным, может повлиять на длительность арбитражных разбирательств, вынудил специалистов в сфере третейского разбирательства рекомендовать их клиентам переносить место арбитража за пределы ОАЭ в иные юрисдикции.

В итоге в октябре 2018 г. ст. 257 Уголовного кодекса ОАЭ была вновь изменена — среди перечисленных субъектов в ней более не упоминаются арбитры. Кроме того, из статьи исключено словосочетание «избран сторонами».

На примере ОАЭ можно сделать эмпирический вывод о том, что страх перед потенциально возможным необоснованным уголовным преследованием арбитра снижает популярность страны как места арбитража.

Франция

В большинстве европейских юрисдикций третейские судьи несут уголовную ответственность наравне с другими субъектами. Так, в работе Д. О. Астаховой приводится пример, в котором Суд большой инстанции Страсбурга приговорил к тюремному заключению, штрафу и обязанности возместить ущерб потерпевшей стороне трех арбитров, которые, действуя в рамках фиктивного арбитражного учреждения, вынесли решение в пользу одной из сторон, при этом не проведя ни одного слушания по делу и изготовив фальшивые протоколы заседания³⁴.

Французские авторы полагают, что ограничивать уголовную ответственность арбитров нет никакой необходимости. Они утверждают, что потенциальная уголовная ответственность является надежной гарантией должного поведения арбитра. В качестве одной из мер ответственности во французском уголовном законодательстве предусмотрено лишение арбитра возможности осуществлять свои функции сроком на 5 лет (ст. 131-26 УК Франции). Среди преступлений, за которые могут быть привлечены арбитры, французские комментаторы выделяют следующие: искажение фактов и фальсификация документов (ст. 441-1), мошенничество (ст. 313-1), пассивная коррупция (ст. 434-9, 435-7), торговля полномочиями (ст. 434-9-1), нарушение обязательства по сохранению конфиденциальной информации (ст. 226-13), отмывание доходов, полученных преступным путем (ст. 324-1).

Преступления коррупционной направленности караются самым строгим образом. Пассивная коррупция предполагает максимальное наказание до 10 лет лишения свободы и штраф в размере 1 000 000 евро, торговля полномочиями — тюремный срок до 5 лет и штраф в 500 000 евро. Сумма взыскания может быть увеличена до двойного размера дохода, полученного от преступной деятельности. Кроме того, арбитры, получающие взятки от

³⁴ Решения Суда большой инстанции города Страсбурга от 01.07.1988 и 06.03.1990, цитируемые в диссертации Тома Клэя. Clay T. L'arbitre: Thèses de doctorat en droit. Paris, 2001. P. 626; Астахова Д. О. Правовое регулирование ответственности арбитров и арбитражных учреждений // Сравнительно-правовые аспекты правоотношений гражданского оборота в современном мире: Сб. ст. Междунар. науч.-практ. конф. памяти д-ра юрид. наук, проф. В. К. Пучинского / Под ред. Е. Е. Фроловой, Е. П. Русаковой. М., 2018. С. 17.

коммерческих корпораций, также будут подвержены наказанию по статье о злоупотреблении корпоративным имуществом³⁵.

В целом следует заметить, что случаи, когда арбитры были бы привлечены к уголовной ответственности, являются для большинства юрисдикций достаточно редкими. Это объясняется тем, что, как правило, на роль арбитров сторонами избираются специалисты, обладающие высокой профессиональной этикой. В то же время не все юрисдикции испытывают одинаковое отношение к проблеме беспристрастности арбитра. Так, в США боковому арбитру, избираемому стороной, разрешается быть предрасположенным (*pre-disposed*) к ней³⁶, а наличие некоторой связи между ним и такой стороной презюмируется, что автоматически снижает возможное число обвинений в разного рода злоупотреблениях со стороны такого арбитра.

II. Доводы за введение уголовной ответственности

На первый взгляд, идея введения уголовной ответственности за коррупционные преступления в России кажется весьма логичной.

К примеру, в исследовании Международной ассоциации юристов «Риски и угрозы коррупции и юридическая профессия» 2010 г.³⁷ приводятся несколько интересных выводов. Так, почти треть всех юристов, принявших участие в исследовании, лишилась поручений доверителей, поскольку последние предпочли обратиться к коллегам, использующим коррупционные методы; каждый пятый юрист признался в том, что к нему обращались за совершением возможного коррупционного деяния; почти половина всех юристов в мире верит, что коррупция влияет на их работу, и почти треть утверждает, что они знают других юристов, вовлеченных в коррупцию на международном уровне³⁸.

Наивно было бы предполагать, что в стране, где высокий уровень коррупции признается самим государством, арбитражное сообщество полностью от нее свободно, и то обстоятельство, что иностранные участники арбитражных разбирательств не являются столь искушенными в особенностях функционирования российской правовой системы, безусловно, создает определенные предпосылки для выработки дополнительных гарантий независимости арбитров.

Краткое обоснование необходимости принятой антикоррупционной нормы мы можем найти в пояснительной записке к законопроекту, а также в положительном отзыве на него, который представил один из ведущих научных центров страны — Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации³⁹.

³⁵ La Responsabilite de L'Arbitre: Rapport le Club des Juristes. *Ad Hoc* committee, 2017. Juin. P. 42–46: <https://www.leclubdesjuristes.com/les-commissions/responsabilite-de-larbitre> (дата посещения — 12.02.2021).

³⁶ Byrne O. K. A New Code of Ethics for Commercial Arbitrators: The Neutrality of Party-appointed Arbitrators on a Tripartite Panel // *Fordham Urban Law Journal*. 2003. Vol. 30. P. 1820.

³⁷ Risks and threats of corruption and the legal profession. Survey, 2010 // *Anti-Corruption Strategy for the Legal Profession / The International Bar Association*: https://www.anticorruptionstrategy.org/AC_strategy_legal_profession_report.aspx (дата посещения — 12.02.2021).

³⁸ *Ibid.* P. 13.

³⁹ Письма Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации от 20.07.2020 и 17.07.2020. Имеются в распоряжении автора.

Как правило, сторонники введения специальной ответственности арбитра не видят разницы между его статусом и статусом судьи государственного суда, равно как и между правосудием, которое осуществляется по гражданским делам в государственных судах, и рассмотрением гражданско-правовых споров судами третейскими.

Известно, что в арбитраже отсутствуют жесткие правила доказывания⁴⁰. В отличие от государственного гражданского и арбитражного процесса третейские суды могут следовать собственным правилам доказывания и использовать те механизмы, которые они сочтут применимыми в конкретном деле. Вынесенное в рамках такой процедуры решение арбитража, по общему правилу, не подлежит пересмотру по существу (см., например, ч. 6 ст. 232 АПК РФ). Более того, зачастую оно может стать предметом так называемого исключаящего соглашения, означающего, что стороны своим соглашением признают решение третейского суда окончательным и не подлежащим оспариванию⁴¹.

В результате сторонники введения жестких мер, явно следуя процессуальной концепции правовой природы арбитража, говорят о публично-правовых последствиях вынесения арбитром решения, которое будет признаваться государством, при этом подчеркивают, что результат деятельности арбитров, совершивших коррупционные проступки, тем не менее защищен от возможной отмены.

Некоторые зарубежные специалисты идут дальше. К примеру, судья Верховного суда Соединенного Королевства в отставке лорд Дайсон утверждает, что сравнение государственного судьи и арбитра при решении вопроса о наделении последнего иммунитетом вообще является некорректным. Решение государственного суда, каким бы неправильным оно ни было, создает меньшую угрозу для сторон разбирательства по сравнению с решением арбитра, поскольку может являться предметом апелляционного обжалования и последующей коррекции со стороны вышестоящих судов, в то время как решение арбитра, как известно, не может быть пересмотрено по существу. Таким образом, «плохой» арбитр наносит сторонам гораздо больший вред, чем «плохой» судья⁴².

Одновременно во французской доктрине выдвинута точка зрения, согласно которой само по себе существование уголовной ответственности арбитров сдерживает стороны от совершения потенциального уголовного правонарушения, поскольку возможные последствия совершения такого деяния в любом случае самым разрушительным образом скажутся на результатах арбитражного разбирательства. В силу этого, по мнению французских специалистов, уголовная ответственность арбитра не должна быть исключена⁴³.

Естественно, одной из предпосылок включения в уголовный закон рассматриваемой нормы является и не спадающая активность третейских судей

⁴⁰ См. подробнее: Гребельский А. В. Раскрытие письменных доказательств в международном коммерческом арбитраже // Право и экономика. 2015. № 8. С. 64–73.

⁴¹ Указанные лица, на наш взгляд, забывают, что проверка таких оснований, как неарбитрабельность предмета спора и нарушение публичного порядка, может быть осуществлена даже при наличии исключаящего соглашения по инициативе суда, что в значительной мере создает действенный механизм защиты от любых возможных злоупотреблений.

⁴² Dyson J. A. The proper limits of arbitrators' immunity: The Master's Lecture / The Worshipful Company of Arbitrators, 13 March 2018 // Arbitration. 2018. Vol. 84. Iss. 3. P. 197.

⁴³ La Responsabilité de L'Arbitre. Rapport le Club des Juristes. P. 43.

с сомнительной репутацией. Как известно, по крайней мере внешне реформа арбитража в России была направлена на борьбу с недобросовестными третейскими судами, которые зачастую мимикрировали под суды государственные. Указанные арбитражные «институты» были вовлечены во все мыслимые проступки против третейской сферы, правосудия и публичного порядка, чем катастрофически подрывали авторитет добросовестных третейских судов.

В копилку сторонников уголовной ответственности можно отнести и то обстоятельство, что таковая, по сути, признается на уровне актов ЮНСИТРАЛ (несмотря на общую тенденцию к исключению гражданско-правовой ответственности арбитров). Так, при разработке Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже⁴⁴ вопрос об иммунитете арбитра изначально не рассматривался в качестве приоритетного⁴⁵. Однако постепенно этот вопрос становился все более актуальным. В 2010 г. при обсуждении новой редакции Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ⁴⁶ часть возможных поправок касалась исключения ответственности арбитров и назначающего органа. Ответственность предлагалось ограничить ситуациями, когда какое-либо действие или бездействие со стороны арбитра было очевидно недобросовестным⁴⁷. В итоге в регламенте появилось новое положение (п. (е) ст. 16), согласно которому, за исключением случаев намеренных противоправных действий, стороны отказываются в полном объеме, в котором это допустимо согласно применимому закону, от права предъявлять иски арбитрам, компетентному органу и любому лицу, назначенному арбитражным судом, за любые действия или упущения.

Таким образом, очевидно, что намеренные противоправные действия являются тем правонарушением, за которое арбитры могут и должны нести ответственность, однако требует ли это введения специального состава преступления в Уголовный кодекс РФ?

III. Доводы против введения уголовной ответственности

Пореформенное законодательство об арбитраже не исключает уголовную ответственность применительно к третейским судьям. Так, в ст. 51 Федерального закона от 29.12.2015 № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» (далее — Закон об арбитраже)⁴⁸ гражданско-правовая ответственность арбитров ограничена предъявлением гражданского иска по уголовному делу, который может быть предъявлен к арбитру в соответствии с уголовно-процессуальным законодательством Российской Федерации в целях возмещения ущерба, причиненного

⁴⁴ https://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/ml-arb/07-87000_Ebook.pdf (дата посещения — 12.02.2021).

⁴⁵ В одной из своих публичных лекций в 1998 г. бывший Секретарь ЮНСИТРАЛ Геральд Херман заявил, что национальные делегации не стали касаться вопроса об иммунитете арбитров, по его выражению, призвав «не будить спящую собаку». Veeder V.V. Op. cit. P. 347.

⁴⁶ <https://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-r.pdf> (дата посещения — 12.02.2021).

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ С упомянутыми в статье законодательными актами Российской Федерации можно ознакомиться в СПС «КонсультантПлюс».

преступлением, в совершении которого арбитр будет признан виновным в установленном законом порядке.

Однако следует помнить, что и до введения специальной нормы третейский судья мог быть привлечен к уголовной ответственности за совершение различных преступлений, в том числе не подпадающих под действие новых положений об ответственности арбитра за коррупцию.

В специальной литературе отмечается, что такой статьей могла быть, например, ст. 159 Уголовного кодекса РФ⁴⁹. Кроме того, в работе А. П. Чиркова «Проблемы определения субъекта преступления коррупционной направленности» приводится анализ возможного применения ст. 204 Уголовного кодекса РФ «Коммерческий подкуп» за коррупционные преступления третейских судей и в отсутствие новой нормы⁵⁰.

Таким образом, перед нами встает очевидный вопрос: имела ли целесообразность во введении нового состава преступления посредством закрепления его в Уголовном кодексе РФ?

В качестве ответа на этот вопрос представляется важным проанализировать целый ряд негативных факторов:

1. В отличие от судей государственных судов арбитры в третейском разбирательстве выступают в качестве частных субъектов. Несмотря на некоторые юрисдикционные функции, нельзя отрицать, что их полномочия на разрешение спора в значительной степени проистекают из соглашения между его сторонами, в то время как государственные судьи действуют исключительно как уполномоченные государством. Представляется, что и механизмы контроля над арбитрами должны лежать в совершенно иной плоскости.

Современное третейское разбирательство позволяет сторонам попасть в среду, зачастую гораздо более справедливую в процессуальном смысле, нежели государственный гражданский процесс. Одними из важнейших гарантий такой справедливости являются принцип независимости и беспристрастности арбитров, принцип равного отношения к сторонам и предоставление каждой из сторон возможности быть услышанной. Ответом на нарушение любого из этих принципов традиционно выступает отказ в приведении арбитражного решения в исполнение либо его отмена.

При этом в источниках «мягкого» права, таких как Руководящие принципы Международной ассоциации юристов (МАЮ) относительно конфликта интересов⁵¹, выработаны критерии, которые позволяют судить о соблюдении требований о независимости и беспристрастности арбитра и, как следствие, наличии или отсутствии соответствующих оснований для отвода.

Проверка указанных оснований проводится либо самим третейским судом при рассмотрении заявления об отводе, либо соответствующим органом арбитражного учреждения в соответствии с регламентом, либо компетентным органом (чаще всего государственным судом) (ст. 13 Закона об арбитраже). Некоторые основания, которые в соответствии с Руководством МАЮ

⁴⁹ Комментарий к Федеральному закону «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» / Под ред. О. Ю. Скворцова, М. Ю. Савранского. М., 2016.

⁵⁰ Чирков А. П. Указ. соч. С. 112.

⁵¹ Руководящие принципы Международной ассоциации юристов относительно конфликта интересов в международном арбитраже: https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx (дата посещения — 12.02.2021).

рассматриваются в качестве нарушения или возможного нарушения требования о независимости и беспристрастности, очень близки к составу тех коррупционных деяний, которые вводятся в российский уголовный закон. Однако такая проверка осуществляется без обращения к механизмам уголовного процесса, а допущенное нарушение рассматривается как нарушение частной процедуры. Думается, что подобное реагирование гораздо больше соответствует природе арбитража как частноправового института.

Таким образом, во введении специальной уголовно-правовой нормы не было большой практической необходимости, и в случае дальнейшего корректного применения института отвода норма ст. 200⁷ и вовсе может оказаться практически «спящей».

2. Одним из аргументов против уголовной ответственности может служить то, что согласно договорной концепции правовой природы арбитража в его основу положено исключительно соглашение сторон. Полномочия арбитров, согласно данной концепции, проистекают вовсе не от государства, а в силу права сторон самостоятельно регулировать свои частные правоотношения. В отличие от судьи арбитр получает вознаграждение не из государственного бюджета, а фактически от сторон разбирательства. Арбитр не обязательно обладает юридическим образованием, зачастую это может быть специалист из той же отрасли, в которой возник спор. Нельзя забывать и о дерогационном эффекте арбитражного соглашения, в силу которого компетенция государственного суда по разрешению спора исключается.

В результате в рамках данной концепции признается, что одной из целей института третейского разбирательства является ограничение влияния государства на процесс разрешения споров между сторонами, особенно между сторонами из различных стран, в противном случае многие преимущества арбитража будут утрачены.

3. Как следственные органы, так и суд в результате введения нормы ст. 200⁷ в уголовный закон получают логичные, методически обоснованные полномочия вмешиваться в арбитражное разбирательство. Вполне вероятно, что в ходе стадий предварительного расследования и судебного следствия они будут проверять правильность установления обстоятельств по делу и применения норм права, что входит в противоречие с принципами третейского разбирательства, однако необходимо для доказывания наличия состава преступления. В ходе судебного следствия государственному суду придется также анализировать суть спора между сторонами и принятое по делу решение, в то время как законодательство об арбитраже прямо запрещает такое вмешательство⁵².

Более того, для доказывания обстоятельств уголовного дела потребуются анализ документов, имеющихся в материалах третейского разбирательства, которые может в такой ситуации истребовать следствие. Очевидно, что в числе используемых следствием средств доказывания могут применяться допросы иных, помимо обвиняемого, арбитров третейского суда (в случае коллегиального рассмотрения дела, которое в России, как известно, является

⁵² См. ст. 5 Закона РФ от 07.07.1993 № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» (далее — Закон о международном коммерческом арбитраже): «По вопросам, регулируемым настоящим законом, никакое вмешательство не должно иметь место, кроме как в случаях, когда оно предусмотрено в настоящем законе».

наиболее распространенным), а также иных участников разбирательства. Все это входит в очевидное противоречие с принципом конфиденциальности, присущим арбитражу.

Любые дополнительные выводы, которые могут сделать следствие или суд относительно предмета спора между сторонами, нарушат принцип окончательности арбитражного решения. Недобросовестная сторона может использовать выводы, содержащиеся в приговоре суда по уголовному делу в отношении арбитра, в качестве своего рода преюдиции как для возможного последующего арбитражного решения, так и в рамках процедуры его отмены⁵³.

4. Возбуждение уголовного дела против арбитра может в какой-то степени парализовать арбитражное разбирательство. Не до конца понятны правовые последствия возбуждения такого дела применительно к самой процедуре. К примеру, должен ли арбитр, в отношении которого возбуждено уголовное дело, снимать с себя полномочия? Должно ли арбитражное разбирательство быть приостановлено в связи с тем, что одна из сторон добивается возбуждения уголовного дела или вынесения приговора против арбитра?

5. Возбуждение уголовного дела само по себе может свидетельствовать об определенной небеспристрастности арбитра и являться основанием для его отвода. Проблемой в данном случае является то обстоятельство, что как стадия предварительного расследования, так и стадия судебного следствия, как правило, занимают длительное время, в течение которого ситуация неопределенности может сохраняться.

По большому счету сами попытки возбуждения уголовного дела против арбитра могут в дальнейшем использоваться как основание для заявления ему отвода (с указанием на возникший правовой конфликт в качестве такого основания).

В то же время было бы крайне неверным удовлетворять подобного рода отводы при всякой попытке стороны добиться уголовного преследования арбитра, поскольку это фактически означало бы возможность в любой момент нарушить целостность арбитражной процедуры.

6. Серьезную проблему представляет собой доказывание в рамках потенциального уголовного дела степени участия того или иного арбитра в совершенном составом арбитража незаконном действии или бездействии.

Здесь стоит обратить внимание на формулировку ч. 1 ст. 200⁷ «Подкуп арбитра», где говорится о том, что незаконные действия (бездействие), совершаемые третьей стороной за взятку, должны входить в полномочия такого лица либо оно в силу своего положения должно иметь возможность способствовать указанным действиям (бездействию).

Предположим, что спор рассматривается составом арбитража из трех человек. С точки зрения закона решение в такой ситуации принимается большинством голосов, если стороны не договорились об ином. Вопросы процедуры могут разрешаться арбитром, являющимся председателем третейского суда, если он будет уполномочен на это сторонами или другими арбитрами (ст. 31 Закона об арбитраже, ст. 29 Закона о международном коммерческом арбитраже).

⁵³ Следует помнить, что уголовное дело или приговор против арбитра само по себе не означает недействительности арбитражного соглашения или утраты им силы, а также не влечет автоматической отмены арбитражного решения.

В связи с этим стоит подумать о том, как следствие будет определять, голоса каких арбитров привели к вынесенному решению или постановлению по процедурным вопросам, а также о том, насколько правильно подвергать одинаковым мерам ответственности боковых арбитров и председателя состава арбитража.

7. Любой правовой конфликт, в том числе третейское разбирательство, пробуждает в людях не лучшие качества. Развитие и популяризация арбитража сопровождаются тем, что как сами стороны, так и их советники все чаще и чаще выбирают не совсем добросовестные методы ведения процессуальной борьбы в попытке подорвать целостность арбитражной процедуры.

Возможность торпедировать арбитражное разбирательство проигрывающей стороной посредством обращения к уголовно-правовым механизмам не являются новостью. То, что именно уголовный процесс может быть использован недобросовестным лицом в качестве вспомогательного средства, направленного на отмену арбитражного решения, констатируется авторами, изучающими проблему ответственности арбитров⁵⁴.

Здесь же стоит сказать о том, что практика так называемых заказных уголовных дел в России все еще существует. Специалистам в области уголовного права и процесса хорошо известны расценки за возбуждение таких дел, и в условиях крупного разбирательства эти расценки явно не станут препятствием для использования подобного рода механизмов недобросовестными участниками.

Арбитрам могут угрожать путем обращения в правоохранительные органы с заявлением о противоправности их действий, возбуждением уголовного дела и даже путем избрания в отношении них меры пресечения. В такой ситуации возможным ответом со стороны арбитров могло бы быть изменение места арбитража на юрисдикцию, где подобных угроз не возникает⁵⁵.

Однако в действительности подобные решения не всегда являются легко исполнимыми. Во-первых, многим отечественным арбитрам «бежать» из российской юрисдикции попросту некуда. Не вовлеченная в уголовное преследование сторона также не всегда заинтересована в финансировании разбирательства с учетом изменения места арбитража. Кроме того, положениями некоторых отечественных регламентов место арбитража обозначено императивно⁵⁶.

Увеличению числа попыток неправомерного обращения к уголовно-правовым инструментам может способствовать и то обстоятельство, что большинство российских граждан не имеют сформированного доверия к альтернативным механизмам разрешения споров и предрасположены обращаться к государству за защитой своих прав.

⁵⁴ Veeder V. V. Op. cit. P. 353.

⁵⁵ Mourre A. Arbitration and Criminal Law: Reflections on the Duties of the Arbitrator // Arbitration International. 2006. Vol. 22. № 1. P. 114; Lalive P. On the Transfer of the Seat in International Arbitration // Law and Justice in a Multistate World: Essays in Honour of Arthur T. von Mehren. New York, 2002. P. 515; Poudret J-F, Besson S. Droit compare de l'arbitrage international. Bruylant-LGDJ-Schulthess, 2002. P. 115.

⁵⁶ Примером такого положения является § 21 Правил арбитража международных коммерческих споров МКАС при ТПП РФ: <https://mkas.tpprf.ru/materials/> (дата посещения — 12.02.2021).

8. Известные зарубежные арбитры, которые и без того наслышаны об особенностях правового климата в России, будут отказываться от соответствующих назначений, поскольку вынесение мотивированного решения в привычном им формате в каждом случае может нести в себе уголовно-правовые риски.

Связано это с особым характером обоснования решений в международном арбитраже. В отличие от государственных судей и арбитров, рассматривающих внутренние споры, арбитры в международном коммерческом арбитраже могут не ссылаться на закон, вместо него используя исключительно положения договора либо же так называемые нормы права⁵⁷. Все это может быть совершенно нехарактерным для государственного правосудия, привычного следствию, в результате чего оно может прийти к выводу о необоснованности итогового решения, что породит у него еще большее подозрение в совершении преступления.

Арбитры, рассматривающие международно-правовые споры, традиционно пользуются особым иммунитетом. На наш взгляд, такой иммунитет может быть установлен и для иностранных арбитров, которые рассматривают коммерческие споры с местом арбитража в России.

9. Во внимание, безусловно, необходимо принимать особенности российского уголовно-процессуального ландшафта, а также те реалии, которые складываются в ходе правоприменения по уголовным делам в российских судах. К российским правоохранительным органам предъявляются новые требования по выявлению более значительных фактов коррупции, чем мелкие взятки, которые составляли основную часть раскрытых коррупционных преступлений ранее.

Как отмечает Е. А. Ходжаева, научный сотрудник Института проблем правоприменения при Европейском университете в Санкт-Петербурге, дача взятки — это преступление без жертвы⁵⁸. Как правило, такие преступления раскрываются через провокацию, когда происходит так называемая контролируемая полицией дача взятки. С примерами таких провокаций все хорошо знакомы. При этом формально прямая провокация запрещена в Уголовно-процессуальном кодексе РФ, поэтому полицейские прибегают к помощи лиц, которые зачастую осуществляют так называемую конвейерную провокацию взятки, т. е. участвуют в качестве провокаторов в нескольких эпизодах одновременно.

Поскольку провокация взятки в условиях третейского разбирательства объективно затруднена, то следствию ничего не остается, кроме как использовать свидетельские показания, которые, к сожалению, по-прежнему очень часто ложатся в основу приговоров по делам о коррупции в качестве единственного доказательства. Это может привести (и, скорее всего, приведет) к тому, что тот или иной арбитр будет привлечен к уголовной ответственности по ст. 200⁷ на основании оговора.

⁵⁷ Под которыми на современном этапе понимаются источники частного характера, такие как *lex mercatoria* и «мягкое» право.

⁵⁸ Ходжаева Е. С кого взятки не гладки // Российская газета. 21.07.2020. № 159: <https://rg.ru/2020/07/21/sociolog-ekaterina-hodzaeva-vziatka-raskryvaetsia-cherez-provokaciiu.html> (дата посещения — 12.02.2021).

11. Известно, что прошедшая в России третейская реформа по-прежнему получает неоднозначные оценки. В этих условиях очевидно, что швы, которые неизбежно остаются на теле любого реформируемого института, еще не зажили.

Разработчики арбитражной реформы, вводя нормы, которые не вписываются в международно-правовой контекст современного арбитража и делают наше правовое регулирование отличным от зарубежного, в том числе предусмотренного Типовым законом ЮНСИТРАЛ, справедливо говорили об особенностях исторического этапа развития третейского разбирательства в России⁵⁹. Следовательно, ими было разумно признано то обстоятельство, что национальные культурные, исторические и экономические особенности развития того или иного правопорядка могут накладывать свой отпечаток и являться основанием для автономного правового регулирования данной сферы.

Автор настоящей работы убежден, что с учетом таких особенностей российский правопорядок не готов к введению уголовной ответственности для арбитров. Введение в уголовный закон составов преступлений, предусмотренных ст. 200⁷ Уголовного кодекса РФ, принесет больше вреда, чем пользы, посеет атмосферу страха, сделает арбитраж гораздо более несвободным, усложнит наработку связей с зарубежными арбитрами и арбитражными центрами и в конечном счете воспрепятствует популяризации России как места арбитража.

IV. Необходимость выработки дополнительных гарантий для арбитров

Многие из приведенных выше аргументов указывают на основной негативный фактор, порождаемый введением в России уголовной ответственности за подкуп арбитра, — возможный страх арбитра перед сильной стороной в споре.

Эта же причина всегда исторически лежала в основе предоставления арбитрам иммунитета, поскольку последний способствует повышению их принципиальности при исполнении своих обязанностей. При отсутствии такого иммунитета стороны, недовольные решением, могли бы угрожать арбитрам и последние были бы не способны выносить специальные решения, поскольку опасались бы судебных исков и иных негативных действий от проигравшей стороны⁶⁰.

Например, в американском решении по делу *Babylon Milk & Cream Co v. Horvitz*⁶¹ суд отметил, что чрезвычайно важно, чтобы арбитры были свободны от каких бы то ни было претензий со стороны неудовлетворенных участников разбирательства и не имели страха за последствия своих действий. Аналогично в английском деле *Sutcliffe v. Thakrah*⁶² лорд-судья Дайсон отметил, что судьи, арбитры, барристеры, солиситоры, свидетели, присяжные должны пользоваться иммунитетом, поскольку в интересах общества

⁵⁹ См.: Гальперин М. Л., Павлова Н. В. Куда идет третейское разбирательство? // Закон. 2019. № 8. С. 125–139.

⁶⁰ Franck S. D. The Liability of International Arbitrators: A Comparative Analysis and Proposal for Qualified Immunity // New York Law School Journal of International and Comparative Law. 2000. Vol. 20. № 1. P. 28.

⁶¹ West's New York Supplement. 1956. Vol. 151. P. 221–224.

⁶² Appeal Cases. 1974. P. 727.

исключить всякий страх со стороны перечисленных субъектов перед тем, что проигравшая сторона может впоследствии угрожать им судебным разбирательством⁶³.

В российских условиях введение уголовной ответственности арбитров может привести к тому, что многие опытные специалисты, которые могли бы привнести свой теоретический и практический опыт в арбитражное разбирательство, будут опасаться выполнять эту функцию под страхом преследования, в результате чего передача крупных споров на рассмотрение третейских судов с местом арбитража в России окончательно прекратится.

Как справедливо отмечалось в решении английского суда по делу *McC v. Mullan*⁶⁴, если один судья в 1000 своих актов будет действовать нечестно по отношению к одной из сторон разбирательства, это не нанесет такого вреда состоянию общества, как если бы 999 честных судей находились под угрозой обременительных разбирательств, в которых стороны бы заявляли о наличии злого умысла в их действиях, в ситуациях, когда такого умысла не было. Сказанное полностью справедливо и для третейской сферы.

В таких обстоятельствах очевидна необходимость ограничить возможности сторон в дестабилизации арбитражного разбирательства посредством уголовного процесса.

Необходимость распространения на арбитров гарантий, аналогичных тем, что предоставлены судьям, доказана исторически. В странах общего права основу концепции иммунитета арбитров заложило дело *Butz v. Economidou*⁶⁵, в котором Верховный суд США распространил судейский иммунитет на лиц, которые выполняют квазисудейские функции. Как отмечал судья Дональдсон в деле *Bremer Schiffban v. South India Shipping Corp. Ltd.*⁶⁶, суды и арбитры осуществляют одно и то же дело — отправляют правосудие. В английском деле *Sutcliffe v. Thackrah* того же периода Палата лордов согласилась, что иммунитет однозначно должен распространяться на арбитров по той же причине. Как справедливо отметили английские судьи, иммунитет арбитров от различного рода исков и претензий защищает их независимость и беспристрастность, поскольку в противном случае они опасались бы выносить беспристрастное решение. Позднее подобный подход распространился во всех странах общего права.

В статье, посвященной проекту закона о введении уголовной ответственности для арбитра, П. А. Ильичев и М. Ю. Савранский выработали ряд предложений, в соответствии с которыми одновременно с введением уголовной ответственности в отношении арбитров предполагается введение системы гарантий профессиональной деятельности арбитров⁶⁷. Так, указанные авторы предлагают приравнять статус арбитра к статусу государственного судьи, но лишь на определенный период времени в отношении конкретного спора⁶⁸.

⁶³ Dyson J. A. Op. cit. P. 199.

⁶⁴ *McC (A Minor) v. Mullan* // Appeal Cases. 1985. P. 528; All England Reports. 1984. Vol. 3 P. 908–916D.

⁶⁵ United States Reports. 1977. Vol. 438. P. 478.

⁶⁶ *Schiffban v. South India Shipping Corp Ltd.* // Appeal Cases. 1981. P. 909–921.

⁶⁷ Ильичев П. А., Савранский М. Ю. Указ. соч. С. 160.

⁶⁸ Подобный подход соответствует одному из основных документов в области гарантий прав судей — основополагающим принципам ООН о независимости судебной системы (Basic Principles on the Independence of the Judiciary. Adopted by United Nations 29 Nov. 1985 and 13 Dec.

При этом обращается внимание на то обстоятельство, что в соответствии со ст. 12 Федерального закона от 20.08.2004 № 113-ФЗ «О присяжных заседателях федеральных судов общей юрисдикции в Российской Федерации» на присяжных заседателей на период осуществления ими правосудия распространяются гарантии независимости и неприкосновенности судей. Ряд гарантий действует также и для адвокатов.

Кроме того, предлагается внести в законодательство запрет на вмешательство в деятельность арбитра, а также запрет на различного рода внепроцессуальные обращения к третейскому суду⁶⁹ с одновременным установлением мер юридической ответственности для лиц, которые воспрепятствовали деятельности арбитра⁷⁰. Представляется, что большинство из этих инициатив вполне могут быть поддержаны на законодательном уровне.

Наиболее перспективным нам видится проработка следующих двух мер защиты от необоснованного использования ст. 200⁷ Уголовного кодекса РФ:

1. В качестве первой меры оправданным, на наш взгляд, было бы установить положение, согласно которому возбуждение дела в отношении конкретного арбитра могло бы осуществляться лишь с санкции руководителя следственного органа Следственного комитета по субъектам Российской Федерации, как это предусмотрено для иных так называемых спецсубъектов, многие из которых (судьи, присяжные, адвокаты) уже были перечислены в этой статье.

Такая идея, предложенная первоначально французскими авторами⁷¹, впоследствии была поддержана и в российской доктрине. Думается, что такая санкция должна быть обязательной и для возбуждения уголовного дела против арбитра, который уже завершил арбитражное разбирательство в прошлом.

Однако обращает на себя внимание тот факт, что согласно Протоколу согласительного совещания по проекту поправок Правительства Российской Федерации к проекту федерального закона об установлении ответственности арбитров за коррупцию, которое прошло в Министерстве юстиции Российской Федерации 02.09.2020⁷², статс-секретарем, заместителем министра спорта Российской Федерации К. В. Машковой уже высказывалось мнение о доработке проекта поправок, устанавливающего особый порядок производства по уголовным делам в отношении арбитров, при котором решение о возбуждении уголовного дела в отношении указанных лиц будет приниматься руководителем следственного органа Следственного комитета по субъектам Российской Федерации на основании заключения Совета по совершенствованию третейского разбирательства при Министерстве юстиции Российской Федерации. Однако с указанными предложениями было решено не согласиться. При этом Минспорту России было предложено реализовать

1985): <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/independencejudiciary.aspx> (дата посещения — 12.02.2021).

⁶⁹ В настоящее время одной из немногих законодательно закрепленных гарантий для третейских судей является свидетельский иммунитет, запрещающий допрашивать арбитра в качестве свидетеля об обстоятельствах, ставших ему известными в ходе третейского разбирательства (п. 7 ч. 3 ст. 56 Уголовно-процессуального кодекса РФ).

⁷⁰ Ильичев П. А., Савранский М. Ю. Указ. соч. С. 160–161.

⁷¹ La Responsabilite de L'Arbitre. Rapport le Club des Juristes. P. 59–60.

⁷² Имеется в распоряжении автора.

самостоятельно законодательную инициативу, направленную на обеспечение гарантий независимости арбитров (третейских судей), в рамках самостоятельного проекта федерального закона. На наш взгляд, указанная позиция должна быть преодолена.

2. В случае возбуждения уголовного преследования против одного из арбитров, входящих в состав арбитража, возникает вопрос — требуется ли приостанавливать третейское разбирательство до момента, когда такое преследование получит логический финал (приговор либо прекращение уголовного дела)?

Для большинства юрисдикций, по общему правилу, у состава арбитража нет такой обязанности до окончания уголовного расследования или судебного следствия по уголовному делу, связанному с обстоятельствами, относимыми к арбитражному разбирательству⁷³. Подобный принцип был закреплен в резолюции Ассоциации международного права, принятой в 1996 г.⁷⁴ Вместе с тем резолюция не рассматривает ситуации, когда субъектом уголовного преследования является сам арбитр. В ней речь идет скорее о ситуациях, когда предмет спора связан с обстоятельствами, которые исследуются в рамках уголовного дела.

С учетом приведенных выше многочисленных аргументов против введения специальной уголовной ответственности арбитров отметим, что единственно правильным в такой ситуации будет введение запрета на возбуждение уголовного дела и любые следственные действия с участием арбитра до момента окончания арбитражного разбирательства, поскольку только таким образом можно защитить целостность арбитражной процедуры по конкретному делу, несмотря на все возможные связанные с реализацией такого варианта трудности.

Некоторые выводы

Один из ведущих современных немецких ученых-правоведов, директор Института сравнительного и международного частного права имени Макса Планка в Гамбурге профессор Юрген Базедов в одном из своих интервью рассказал, что в ходе своей многолетней исследовательской деятельности в области сравнительного правоведения он пришел к выводу, что неизбежные столкновения двух сравнительно-правовых методов (функционального и культурно-правового) не могут приводить к победе какого-то одного из них. Не всегда правильным будет механическое сравнение отечественного законодательства с правилом, предусмотренным в иностранном или международном нормативном акте лишь в силу того, что оно там присутствует. Иногда важнее посмотреть на право как на часть культуры и оценить иные условия (состояние общественной морали, экономическую ситуацию и пр.)⁷⁵.

Этот простой принцип вполне справедлив и для законотворческой деятельности. В рассматриваемом нами примере с уголовной ответственностью

⁷³ Mourre A. Op. cit. P. 114.

⁷⁴ ILA. Report of the 67th Conference. Resolution 22 // Revue de l'arbitrage. 1996. № 3. P. 563.

⁷⁵ Basedow J. Should Different Types of Methodology in Comparative Legal Research Be Combined into One Method? Video Publication: <https://lt.org/publication/should-different-types-methodology-comparative-legal-research-be-combined-one-method> (дата посещения — 12.02.2021).

арбитров за преступления коррупционной направленности как раз и произошло механическое заимствование соответствующей нормы, основанное на рекомендации лиц, не способных оценить текущий уровень развития третейского способа разрешения споров в России, а также иные коррелирующие особенности национального правопорядка.

Вполне понятно, что любое столкновение с уголовно-правовой проблематикой вряд ли может вызвать теплые чувства у профессионального сообщества арбитров. Как отметил в одной из своих статей известный французский арбитр Алексис Мур, арбитраж и уголовное право проживают на разных планетах, и лучше, чтобы маршруты этих планет не пересекались⁷⁶. Арбитраж базируется на частной автономии, и его целью является разрешение частных споров. Уголовное право, напротив, призвано ограничивать частную автономию.

Однако, по нашему глубокому убеждению, в конечном счете ст. 200⁷ Уголовного кодекса РФ неизменно приведет к негативному воздействию на арбитражный режим в России и его развитие и не важно, пострадают ли от ее введения один или несколько арбитров или иные участники арбитражного разбирательства. Думается, что третейскому сообществу (в каком бы виде оно ни существовало в России) не следует в условиях на глазах увеличивающихся правовых рисков для арбитров и арбитражных институтов поступать, как известный евангельский персонаж, умывая руки, или уподобляться древним обществам, приносившим в жертву одного из своих собратьев, чтобы, исходя из своих религиозных суеверий, обеспечить собственную безопасность.

⁷⁶ Mourre A. Op. cit. P. 95.