

ПРИНУДИТЕЛЬНОЕ ИСПОЛНЕНИЕ В БЕЛАРУСИ ОБЕСПЕЧИТЕЛЬНЫХ МЕР, ПРИНЯТЫХ МЕЖДУНАРОДНЫМ АРБИТРАЖНЫМ СУДОМ: ПЕРЕХОД ОТ НОМИНАЛЬНОЙ К РЕАЛЬНОЙ КОМПЕТЕНЦИИ АРБИТРАЖА

Дмитрий Боболя

В статье автор обосновывает необходимость закрепления в законодательстве Беларуси механизма принудительного исполнения обеспечительных мер, принятых «внутренним» международным арбитражным судом (т. е. международным арбитражным судом с местом нахождения в Беларуси), в том числе с учетом возможности обратиться за обеспечением иска напрямую в государственный суд. Автором выявлены три возможных подхода к решению данной проблемы (подходы прямого исполнения, исполнения после формальной проверки судом, широкой дискреции государственного суда), определены их сущностные черты (в частности, характеристики подхода, закрепленного в Типовом законе ЮНСИТРАЛ), основные преимущества и недостатки каждого из подходов. Сделан вывод о том, что закрепленный в Типовом законе ЮНСИТРАЛ механизм является наиболее сбалансированным и подходящим для внедрения в законодательство Беларуси. В этой связи автором также сделаны предложения по регламентации некоторых вопросов, не урегулированных в Типовом законе ЮНСИТРАЛ.

Ключевые слова: белорусское законодательство; международный арбитражный суд; обеспечение иска; обеспечительные меры; принудительное исполнение; Типовой закон ЮНСИТРАЛ; третейский суд.

«Enforcement in Belarus of Interim Measures Granted by International Arbitration Court: Transition from Nominal to Actual Arbitration Competence» (Dzmitry Babolia)

In the article, the author substantiates the need to stipulate in the Belarusian legislation a mechanism for the enforcement of interim measures granted by an «internal» international arbitration court (i. e. an international arbitration court with its seat in Belarus), including taking into account the possibility of applying directly to a state court for securing a claim. The author identifies three possible approaches to solving this problem (approaches of direct execution, execution after formal examination by the state court, wide discretion of the state court), their essential features (in particular, the characteristics of the approach enshrined in the UNCITRAL Model Law), the main advantages and disadvantages of each of the approaches. It is concluded that the mechanism set forth in the UNCITRAL Model Law is the most balanced and suitable for implementation in the Belarusian legislation. In this regard, the author also makes proposals for the regulation of certain issues that are not reflected in the UNCITRAL Model Law.

Keywords: arbitral tribunal; Belarusian legislation; enforcement; interim measures; international arbitration court; provisional measures; securing a claim; UNCITRAL Model Law.

Арбитраж как эффективная альтернатива разрешения спора в государственном суде является благом не только для тех, кто им пользуется. Арбитраж является также благом и для государства, санкционирующего такую альтернативу. Совершенствование арбитражного законодательства способствует популяризации арбитража у физических и юридических лиц и, соответственно, разгрузке судебной системы. Развитие законодательства в области между-

народного коммерческого арбитража благоприятствует международной торговле и прямым иностранным инвестициям [37, р. 622].

Эффективность арбитража как способа разрешения спора определяется способностью вынести решение, исполнимое не только *de jure*, но и *de facto* [5]. В том случае, если решение арбитражного суда невозможно исполнить фактически (например, в связи с отсутствием каких-либо активов у должника),

Автор:

Боболя Дмитрий Игоревич — аспирант кафедры международного частного и европейского права факультета международных отношений Белорусского государственного университета, e-mail: dmitrybobolya@gmail.com
Белорусский государственный университет. Адрес: 4, пр. Независимости, Минск, 220030, БЕЛАРУСЬ

Author:

Babolia Dzmitry — post-graduate student of the Department of Private International and European Law of the Faculty of International Relations, Belarusian State University, e-mail: dmitrybobolya@gmail.com
Belarusian State University. Address: 4, Nezavisimosti ave., Minsk, 220030, BELARUS

защиты нарушенного права в действительности не происходит. При этом исполнимость арбитражного решения *de facto* во многом зависит от реальной возможности обеспечить иск, заявленный в арбитраж, и тем самым увеличить шансы истца получить удовлетворение от ответчика [3, с. 195]. В связи с этим вопрос обеспечительных мер, являясь, по сути, второстепенным для целей арбитражного разбирательства, имеет первостепенное значение на практике [17; 42, р. 13–14].

В то же время важно наличие у арбитражного суда не только собственно полномочия принять обеспечительные меры, но и возможности их принудительно исполнить. Несмотря на то, что в международной практике стороны зачастую исполняют предписанные арбитражем обеспечительные меры добровольно [42, р. 238], в условиях правового конфликта сторона не может полагаться лишь на добросовестность своего контрагента.

Таким образом, возможность принудительного исполнения обеспечительных мер, принятых арбитражем, определяет не только эффективность функционирования данного института в рамках арбитража, но и арбитража в целом. Как отметила Комиссия ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ), в некоторых обстоятельствах обеспечительная мера, которую можно принудительно исполнить, может быть так же важна, как и окончательное решение по существу спора [23, р. 165].

Согласно статье 23 Закона Республики Беларусь от 9 июля 1999 г. № 279-З «О международном арбитражном (третейском) суде» (далее — ЗоМАС) состав международного арбитражного суда может вынести определение о принятии какой-либо стороной обеспечительных мер в отношении предмета спора [15]. Однако белорусское законодательство не предусматривает механизм принудительного исполнения такого определения [11, с. 222; 16].

В связи с этим в данной статье автор ставит перед собой следующие цели:

— обосновать необходимость установить в законодательстве Беларуси механизм принудительного исполнения обеспечительных мер, принятых международным арбитражным судом, подпадающим под сферу действия ЗоМАС (далее — МАС) (такая постановка цели обусловлена довольно настроженным отношением белорусского законодателя к сфере международного коммерческого арбитража и общей неоднозначностью вопроса возможности принудительного исполнения обеспечительных мер, принимаемых иностранными арбитражными судами. По мнению автора, развитие законодательства по рассматриваемому вопросу будет идти поступательно, и в настоящее время более явно стоит вопрос возможности принудительного исполнения в Беларуси обеспечительных мер, принятых МАС с

местом нахождения в Беларуси. Это еще более справедливо с учетом того, что ЗоМАС позволяет МАС рассматривать внутренние споры, т. е. споры, не осложненные иностранным элементом. В контексте третейских судов анализируемая проблема требует отдельного рассмотрения, так как Закон Республики Беларусь от 18 июля 2011 г. «О третейских судах» вообще не предусматривает возможности третейского суда принять меры по обеспечению иска (ст. 30 указанного Закона));

— предложить общую концепцию закрепления такого механизма в Беларуси с учетом опыта зарубежных стран и положений Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже 1985 г. (далее — Типовой закон ЮНСИТРАЛ) [18].

Проблема отсутствия возможности принудительного исполнения в Беларуси обеспечительных мер, принятых арбитражем, не была объектом должного исследования в литературе. Наиболее подробно этот вопрос был освещен в статье А. С. Данилевича и А. К. Аль-Хайдара, написанной еще в 2010 г. [3]. Отдельные аспекты данной проблематики затрагиваются в другой статье А. С. Данилевича [4], а также в статье Т. В. Сысуева [17]. В целом институту обеспечительных мер, принятых в поддержку арбитражного разбирательства в Беларуси, посвящены статьи Н. Т. Гицевич [1], Я. И. Функа и И. В. Перервы [20], а с практической точки зрения — Ю. В. Ошмян и К. В. Терехова [16]. Вопросы обеспечительных мер затрагиваются также в белорусских учебных пособиях по международному коммерческому арбитражу [2; 11; 19].

Среди зарубежных авторов следует выделить работу турецкого исследователя А. Йешилирмака, комплексно исследовавшего проблему обеспечительных мер в международном коммерческом арбитраже, в том числе вопросы принудительного исполнения [42]. Информация об обеспечительных мерах и возможностях их принудительного исполнения, как правило, содержится в англоязычных сравнительно-правовых монографиях по вопросам международного коммерческого арбитража [30; 40]. Из зарубежной русскоязычной литературы можно отметить работы Н. Ю. Ерпылевой, Д. А. Лопатиной [7; 8], С. А. Курочкина [9; 10], В. А. Мусина [12], С. В. Николюкина [13], Г. А. Цирата [22].

Необходимость механизма принудительного исполнения обеспечительных мер, принятых международным арбитражным судом. Принятые МАС обеспечительные меры невозможно принудительно исполнить в Беларуси. Это обусловлено тем, что, во-первых, МАС может принять обеспечительные меры только путем вынесения определения (абз. 5 ст. 1, а также ч. 1 ст. 23 ЗоМАС), а значит, воспользоваться механизмом о выдаче исполнительного документа на основании

решения МАС, который предусмотрен статьями 257–261 Хозяйственного процессуального кодекса Республики Беларусь (далее — ХПК), нельзя [21]. Во-вторых, определение МАС о принятии обеспечительных мер не входит в перечень исполнительных документов согласно законодательству Беларуси (ч. 1 ст. 10 Закона Республики Беларусь от 24 октября 2016 г. № 439-З «Об исполнительном производстве» (далее — Закон об исполнительном производстве)) [14]. И, наконец, в-третьих, ХПК не предусматривает процедуру выдачи исполнительного документа на основании определения МАС о принятии обеспечительных мер.

Невозможность принудительно исполнить обеспечительные меры, принимаемые МАС, отчасти нивелируется тем, что сторона имеет право обратиться в государственный суд за обеспечением иска на основании главы 9 ХПК. Такое обращение не является несовместимым с арбитражным соглашением, а также не предполагает отказ от него (ст. 14 ЗоМАС; п. 4 ст. VI Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже [6]). Однако, на наш взгляд, закрепленный в главе 9 ХПК механизм не должен заменять обеспечение иска посредством обращения в арбитраж. Его следует рассматривать как вспомогательный инструмент, наличие которого обусловлено «врожденными» недостатками арбитража.

У сторон арбитражного разбирательства должна быть полноценная альтернатива обращению в государственный суд, которая уважает желание сторон передать спор на рассмотрение арбитража и предполагает возможность принудительно исполнить принятые МАС обеспечительные меры. Арбитраж — это естественный форум (*natural forum*) для разрешения вопроса принятия обеспечительных мер с точки зрения заключенного сторонами арбитражного соглашения [42, р. 108]. Логично заключить, что если стороны решили передать спор на рассмотрение арбитража, то они тем самым также выразили намерение, чтобы арбитраж принимал решение в отношении обеспечительных мер — производного по отношению к процессу вопроса [30, р. 2454]. Кроме того, арбитры, которым предстоит вынести решение по существу спора, более осведомлены относительно обстоятельств спора, а значит, и более компетентны рассматривать вопрос принятия обеспечительных мер. По этой же причине арбитры могут более оперативно разрешить вопрос принятия обеспечительных мер [13].

При этом, по мнению автора, каких-либо существенных причин не предоставлять сторонам такую полноценную альтернативу нет. Во-первых, отсутствие возможности принудительно исполнить обеспечительные меры, принятые МАС, нельзя объяснить желанием законодателя снизить нагрузку на систему го-

сударственных судов. При отсутствии такой возможности сторона обращается напрямую в государственный суд. В этом случае государственный суд должен не только установить наличие формальных оснований для обеспечения иска (например, наличие действительного арбитражного соглашения), но и дать оценку фактическим обстоятельствам абсолютно нового для суда дела. Кроме того, при наличии потенциальной возможности принудительного исполнения мер, принятых МАС, другая сторона будет более охотно исполнять такие меры добровольно. Таким образом, наличие возможности принудительно исполнить обеспечительные меры, принятые МАС, может, наоборот, снизить нагрузку на государственные суды.

Во-вторых, отсутствие законодательного механизма принудительного исполнения нельзя объяснить и недоверием к МАС со стороны белорусского государства. Согласно законодательству Беларуси МАС уполномочен выносить решения по существу спора, которые могут быть принудительно исполнены, а отменены — только в строго определенных случаях. Для того чтобы санкционировать такую возможность, должна быть гораздо большая степень доверия со стороны государства к МАС, чем в случае с принудительным исполнением обеспечительных мер. Последние носят временный характер, тогда как решение МАС в подавляющем большинстве случаев устанавливает субъективные права и обязанности сторон спора окончательно.

Учитывая изложенное выше, мы считаем, что закрепление в белорусском законодательстве механизма, позволяющего принудительно исполнить принятые МАС обеспечительные меры, обоснованно и необходимо.

Решение вопроса о принудительном исполнении обеспечительных мер, принятых «внутренним» арбитражным судом, в зарубежном законодательстве. В зависимости от степени и характера участия государственного суда в процедуре принудительного исполнения обеспечительных мер, принятых «внутренним» арбитражным судом (т. е. когда принудительное исполнение испрашивается по месту нахождения арбитражного суда), можно выделить три подхода национального законодателя:

1) автоматическое наделение исполнительной силой актов арбитража об обеспечительных мерах (прямое исполнение);

2) наделение актов арбитража исполнительной силой после проверки государственным судом отсутствия процессуальных оснований для отказа (исполнение после формальной проверки);

3) широкое усмотрение суда в вопросе наделения постановления арбитражного суда исполнительной силой (широкая дискреция государственного суда).

Подход прямого исполнения. Автоматическое наделение исполнительной силой актов арбитража по обеспечению иска (подход прямого исполнения) предполагает возможность принудительного исполнения принятых арбитражем обеспечительных мер в отсутствие какого-либо контроля со стороны судебной системы. Соответствующие акты арбитражного суда приравниваются в сущности к постановлениям государственных судов и исполнительным документам. Они наделяются свойством исполнимости с момента их вступления в силу без необходимости выполнения каких-либо дополнительных процедур.

Такой подход национального законодателя к вопросу принудительного исполнения обеспечительных мер является чрезвычайно редким. Согласно национальному законодательству практически всех государств мира для принудительного исполнения обеспечительных мер арбитражному суду необходимо в той или иной мере содействие государственного суда [30, р. 2446–2447]. Такого подхода не придерживаются даже самые проарбитражные юрисдикции: Франции, Швейцарии, Англии, Гонконга, Сингапура [34].

В литературе отмечается лишь один случай закрепления подхода прямого исполнения (с определенными оговорками) в законодательстве Республики Эквадор [42, р. 248]. Согласно частям 3 и 4 статьи 9 Закона об арбитраже и медиации Эквадора 1997 г. арбитражный суд может напрямую просить государственные органы принудительно исполнить свое постановление, без необходимости дополнительного обращения к системе государственных судов. Однако для этого стороны должны предусмотреть соответствующее полномочие арбитражного суда в арбитражном соглашении [32].

Подход прямого исполнения предполагает очень высокую степень доверия к арбитражу со стороны государства [42, р. 248]. Его главное преимущество — скорость принудительного исполнения обеспечительных мер, принятых арбитражным судом, и, соответственно, эффективность таких мер. Такой подход также больше соответствует принципу конфиденциальности арбитражного разбирательства.

Среди белорусских ученых высказывается мнение в пользу закрепления подхода прямого исполнения в белорусском законодательстве. Так, А. С. Данилевич считает, что «наиболее существенным недостатком компетенции международного арбитражного суда в отношении предмета обеспечительных мер в Беларуси является невозможность принудительного исполнения таких мер на основании одного лишь определения арбитражного суда». В связи с этим автор предлагает внести изменения в законодательство об исполнительном производстве [4, с. 7, 10].

Исполнение после формальной проверки. В национальном законодательстве ряда государств (в частности, Австрии [27; 31, р. 48–49], Австралии [26], Бельгии [24, р. 249–250; 28], Словении [36]) закреплен подход, согласно которому наделение актов арбитража исполнительной силой происходит после проверки государственным судом отсутствия процессуальных оснований для отказа. Такая проверка не предполагает рассмотрения государственным судом вопроса принятия обеспечительных мер по существу, т. е. оценки необходимости обеспечения иска с точки зрения применимых критериев и фактов дела. В сущности такой механизм аналогичен принудительному исполнению решений арбитражных судов по существу спора. В связи с этим в некоторых странах (например, Австрии, Словении) арбитражное законодательство с некоторыми уточнениями распространяет режим исполнения арбитражных решений по существу на исполнение постановлений арбитража об обеспечительных мерах.

На таком подходе основан Типовой закон ЮНСИТРАЛ. Согласно пункту 1 статьи 17 I Типового закона ЮНСИТРАЛ в признании или приведении в исполнение обеспечительной меры может быть отказано лишь при наличии определенных процессуальных оснований, большинство из которых аналогично основаниям для отказа в признании или приведении в исполнение арбитражного решения по существу спора. При этом в соответствии с пунктом 2 статьи 17 I Типового закона ЮНСИТРАЛ государственный суд при вынесении определения касательно признания или приведения в исполнение обеспечительной меры не проводит рассмотрения ее существа.

Можно выделить следующие характерные черты подхода, отраженного в Типовом законе ЮНСИТРАЛ:

1) для обращения стороны в государственный суд за принудительным исполнением принятой арбитражем обеспечительной меры не требуется согласия на это арбитражного суда (только если самим арбитражным судом не предусмотрено иное в соответствующем акте) (п. 1 ст. 17 II Типового закона ЮНСИТРАЛ) [29, р. 266];

2) перечень оснований является закрытым (при этом особо отмечается, что ст. 17 I Типового закона ЮНСИТРАЛ направлена именно на ограничение числа оснований для отказа, а цели Типового закона ЮНСИТРАЛ, состоящей в достижении определенного уровня гармонизации, не будет противоречить, если какое-либо государство установит меньшее число оснований для отказа в приведении в исполнение (сноска 3 к ст. 17 I Типового закона ЮНСИТРАЛ));

3) все основания для отказа носят процессуальный характер (за исключением, пожалуй, возможности отказа по мотивам противоречия

публичному порядку). При проверке государственного суда не должен давать оценку установленным арбитражем фактическим обстоятельствам и проверять правильность принятия обеспечительной меры по существу [23, с. 189];

4) механизм приведения в исполнение обеспечительных мер основан на режиме признания и приведения в исполнение арбитражных решений (ст. 36 Типового закона ЮНСИТРАЛ), но при этом содержит положения, учитывающие специфику обеспечительных мер [23, р. 181; 29, р. 266]. Основания для отказа так же, как и в статье 36, разделены на две группы: те, которые применяются лишь в случае соответствующего заявления стороны, против которой меры направлены, и те, которые государственный суд может применять *ex officio*. В качестве большинства оснований для отказа статья 17 I содержит отсылочные положения к статье 36 Типового закона ЮНСИТРАЛ (ст. 17 I ссылается на подп. 1 a) (i), (ii), (iii) и (iv), а также подп. 1 b) (i) и (ii) ст. 36). В то же время статья 17 I устанавливает и основания для отказа, специфичные для обеспечительных мер (подп. 1 a) (ii), (iii) и подп. 1 b) (i) ст. 17 I Типового закона ЮНСИТРАЛ);

5) определение, вынесенное государственным судом по любому из оснований для отказа, имеет силу только для целей ходатайства о признании и приведении в исполнение обеспечительной меры. В связи с этим, в частности, отказ государственного суда в признании или приведении в исполнение обеспечительной меры на основании недействительности арбитражного соглашения не должен ни в коей мере повлиять ни на дальнейший ход арбитражного разбирательства, ни на возможное впоследствии рассмотрение государственным судом вопроса об отмене арбитражного решения.

Широкая дискреция государственного суда. В случае закрепления данного подхода акты арбитража приобретают исполнительную силу после их проверки государственным судом. При этом такая проверка включает (или может включать) оценку правильности акта арбитража по существу. В целом такой подход близок к процедуре, когда сторона арбитражного соглашения обращается напрямую в государственный суд для обеспечения иска, заявленного или планируемого быть заявленным в арбитраж. И в том и в другом случае полномочия государственного суда включают разрешение вопроса о необходимости обеспечения иска. (Между указанными процедурами, однако, есть содержательные различия. Во-первых, исполнение принятых арбитражем обеспечительных мер предполагает наличие соответствующего акта арбитража в форме определения, решения или в другой форме. Для обращения в государственный суд за обеспечением заявленного в арбитраж иска наличие акта арбитража обязательно только в случае закрепления такого требования в

законодательстве. Во-вторых, в случае принудительного исполнения обеспечительных мер, принятых арбитражем, сторона, ходатайствующая об исполнении, и государственный суд «связаны» теми мерами, которые принял арбитражный суд. Сторона не может просить о принудительном исполнении обеспечительных мер, которые отличаются от мер, принятых арбитражем, а государственный суд — оценивать возможность исполнения таких мер. Исключение возможно только в отношении формулировки меры без изменения ее существа с тем, чтобы привести формулировку в соответствие с полномочиями, предоставленными государственным суду (подп. 1 b) (i) ст. 17 I Типового закона ЮНСИТРАЛ). Что касается обращения за обеспечением иска в государственный суд, то сторона может ходатайствовать о принятии любой меры, но в рамках полномочий, предоставленных государственному суду в соответствии с законодательством.)

Возможность оценки акта арбитража по существу означает, что государственный суд обладает широким усмотрением при решении вопроса о принудительном исполнении. Решение данного вопроса сопровождается необходимостью не только установить фактические обстоятельства, имеющие значение для дела, но и оценить их с точки зрения соответствия или несоответствия применимым критериям обеспечения иска (несмотря на то, что это уже было сделано арбитражным судом).

Как правило, такой подход наблюдается в законодательстве тех государств, где закреплена общая возможность принудительного исполнения обеспечительных мер, принятых арбитражем, без какой-либо детализации. Так, Федеральный закон Швейцарии о международном частном праве содержит лишь общую формулировку о том, что арбитражный суд может запросить содействие государственного судьи в случае, если сторона не исполняет добровольно обеспечительные меры (п. 2 ст. 183 указанного Закона) [41]. В доктрине отмечается, что полномочия государственного суда в этом случае расположены между двумя крайностями: формальным санкционированием государственным судом исполнения без какой-либо ревизии и полноценным дублированием процедуры принятия обеспечительных мер. В связи с этим некоторые авторы утверждают, что государственный суд должен, среди прочего, оценить, в достаточной ли степени объяснены арбитражем срочность обеспечительных мер и/или непоправимость ущерба в случае их непринятия [25, р. 163]. Схожий подход закреплен в законодательстве Германии [35, р. 271—272].

В законодательстве некоторых юрисдикций при сохранении широкой дискреции государственного суда в вопросе исполнения возможность оценки им правильности принятия

обеспечительных мер по существу несколько ограничена. Суд может дать оценку соответствия фактических обстоятельств дела применяемым критериям, но при этом сами факты не устанавливает, так как они рассматриваются как заранее установленные [42, р. 255]. Так, параграф 1-567.39 раздела 45В главы 1 Общих законов Северной Каролины (США) определяет, что при решении вопроса принудительного исполнения принятых арбитражем обеспечительных мер государственный суд рассматривает факты, установленные арбитражным судом в процессе рассмотрения спора, как имеющие преюдициальную силу, включая «вероятную действительность» заявленного в арбитраж иска (п. (d) указанного параграфа) [38]. Аналогичного подхода придерживается также законодатель штата Орегон (США) (пар. 36.470 Закона о международном коммерческом арбитраже и медиации) [39].

Механизм Типового закона ЮНСИТРАЛ как наиболее сбалансированный подход для Беларуси. По нашему мнению, подход, закрепленный в Типовом законе ЮНСИТРАЛ (исполнение после формальной проверки государственным судом), является наиболее оптимальным, так как соблюдает баланс между необходимостью сохранения судебного контроля и выбором сторонами арбитража в качестве форума для разрешения спора по существу. Так, с одной стороны, данный подход предполагает наличие определенных оснований, при которых, с точки зрения законодателя, исполнение обеспечительной меры недопустимо. Тем самым обеспечивается минимальный, но необходимый и достаточный контроль государства за соблюдением арбитражем основных правовых гарантий при принятии обеспечительных мер [8, с. 77]. С другой стороны, так как перечень оснований для отказа в принудительном исполнении носит закрытый характер, а сами основания являются процессуальными, государственный суд не проводит повторную оценку необходимости принятия обеспечительных мер с позиции фактических обстоятельств дела и применяемых критериев. В этой связи ему удается избежать наиболее существенных недостатков двух других возможных подходов: подхода прямого исполнения и подхода, наделяющего государственный суд широкой дискрецией.

Подход прямого исполнения не учитывает интересы государства в сохранении монополии на принуждение (легитимное насилие) и в этом смысле является не только радикальным (что подтверждает отсутствие такого подхода даже в самых проарбитражных юрисдикциях), но и утопичным. Подход прямого исполнения предполагает, в сущности, наделение арбитража властными полномочиями, и ни одно государство не делегирует такие полномочия частным лицам, которыми и являются арбитры [29, р. 273; 42, р. 70]. Принудительное

исполнение принятых арбитражем обеспечительных мер невозможно без контроля в той или иной форме со стороны государства.

В некоторой степени подход прямого исполнения не учитывает также и интересы лиц, пользующихся услугами арбитража. В этой связи его главный недостаток — невозможность отмены постановления арбитража об обеспечительных мерах. Так как сущностной характеристикой данного подхода является отсутствие контроля со стороны государства, а арбитраж, как правило, не предполагает наличия апелляционной инстанции при принятии арбитражем обеспечительной меры, отменить ее можно будет только с согласия арбитров. Отсутствие возможности отмены может оттолкнуть пользователей арбитража и вместо повышения популярности данного способа разрешения споров привести к противоположному результату. В качестве исторического примера можно привести реформу арбитражного законодательства Бельгии 1985 г. в отношении невозможности отмены арбитражного решения по спору между иностранными лицами. (В результате реформы 1985 г. в судебный кодекс Бельгии было внесено положение, исходя из которого обращение в государственный суд Бельгии за отменой арбитражного решения было возможно только в том случае, если хотя бы одной стороной спора был гражданин или резидент Бельгии или юридическое лицо, учрежденное в Бельгии или имеющее в Бельгии филиал или представительство. Данное нововведение было призвано сделать Бельгию популярным местом арбитража. Однако, так как пользователи арбитража хотели иметь, хотя и ограниченную, возможность отменить арбитражное решение, данная реформа имела противоположный эффект. В итоге в 1998 г. бельгийское законодательство было снова реформировано с тем, чтобы исключить возможность обжалования арбитражного решения по спору между иностранными лицами только в том случае, если стороны прямо об этом договорились [33, р. 911—912].)

Что касается наделения государственно-го суда широкой дискрецией, то, по нашему мнению, применительно к Беларуси данный подход является наименее предпочтительным из всех. Его результатом, скорее всего, станет дублирование процедуры принятия обеспечительных мер. Вопрос принятия мер по обеспечению будет рассматривается повторно, но уже в лице государственного судьи, который сможет давать оценку, среди прочего, правильности принятия обеспечительных мер по существу [3, с. 203; 42, р. 257]. С этим будет связан ряд негативных последствий. Во-первых, это повлечет увеличение нагрузки на систему государственных судов, а также замедление скорости принятия постановлений по такого рода делам, что особенно чувствительно при решении вопросов, связанных с обеспечением иска.

Во-вторых, такой подход означает большую правовую неопределенность для пользователей арбитража. Оценка правильности принятия обеспечительных мер носит субъективный характер, а значит, исполнение/неисполнение обеспечительной меры будет в значительной степени зависеть от мнения судьи, которого стороны не избирали и который ранее никак не участвовал в рассмотрении дела.

В качестве недостатка механизма, предусмотренного Типовым законом ЮНСИТРАЛ, можно назвать лишь меньшую скорость исполнения по сравнению с подходом прямого исполнения. Однако это неизбежное следствие наличия судебного контроля, хотя и ограниченного [8, с. 72].

Некоторые вопросы, не урегулированные в Типовом законе ЮНСИТРАЛ, и предложения по их регламентации в Беларуси. Типовой закон ЮНСИТРАЛ в статьях 17 *H* и 17 *I* достаточно подробно регламентирует процедуру признания и приведения в исполнение принятых арбитражем обеспечительных мер. Тем не менее, некоторые важные вопросы в Типовом законе не отражены. При внедрении закрепленного в Типовом законе ЮНСИТРАЛ подхода в Беларуси национальному законодателю будет необходимо либо решить данные вопросы самостоятельно, либо оставить их на усмотрение судебной практики.

В частности, в статье 17 *I* Типового закона ЮНСИТРАЛ не урегулирован вопрос распределения бремени доказывания (в отличие от аналогичной процедуры в отношении арбитражных решений, где бремя доказывания отнесено на сторону, заявляющую о применении соответствующего основания для отказа). Он намеренно оставлен на усмотрение национального законодателя [23, р. 181–182; 29, р. 271].

По нашему мнению, бремя доказывания должно быть отнесено на сторону, против которой направлена обеспечительная мера. Это объясняется тем, что, во-первых, в Типовом законе ЮНСИТРАЛ среди оснований для отказа в приведении в исполнение обеспечительных мер выделены те, которые применяются по заявлению стороны, против которой они направлены (по аналогии с арбитражными решениями по существу), и таких оснований большинство. Отнесение бремени доказывания на сторону, которая испрашивает приведение в исполнение обеспечительных мер, приведет к абсурдной ситуации. Сторона, против которой обеспечительные меры направлены, не желая допустить принудительное исполнение, будет заявлять в качестве оснований для отказа все возможные основания, предусмотренные законом, и другой стороне будет необходимо доказать отсутствие каждого из них. Это в значительной степени затруднит процесс как для стороны, испрашивающей принуди-

тельное исполнение, так и для суда. Во-вторых, следует помнить, что на этапе обращения к государственному суду арбитражный суд уже рассмотрел вопрос о принятии обеспечительных мер и принял положительное решение. Такое решение предполагает проверку (хотя, возможно, и предварительную) действительности арбитражного соглашения, наличия полномочий у арбитражного суда принимать обеспечительные меры и иные обстоятельства, которые соотносятся с основаниями для отказа. В этой связи государственный суд должен исходить из презумпции отсутствия оснований для отказа, которые суд не вправе применять *ex officio*.

Типовой закон ЮНСИТРАЛ не касается также вопросов «технического» характера, например вопроса о том, каким образом акт арбитража об обеспечительных мерах наделяется исполнительной силой. Мы считаем, что применительно к Беларуси наиболее подходящим будет способ, при котором государственный суд выносит на основе акта арбитража об обеспечительных мерах собственное определение об обеспечении иска. В этом случае государственный суд при необходимости сможет исправить незначительные недостатки определения МАС (например, когда отсутствует информация, наличие которой в исполнительном документе необходимо согласно ст. 11 Закона об исполнительном производстве, либо обеспечительная мера недостаточно конкретизирована, по мнению суда). Это также позволит не вносить существенные изменения в законодательство об исполнительном производстве и ХПК, так как с момента вынесения государственным судом определения об обеспечении иска процедура будет практически аналогична процедуре обеспечения иска, заявленного в государственный суд. Кроме того, в соответствии с абзацем 8 части 1 статьи 205 ХПК определения государственного суда об обеспечении иска подлежат немедленному исполнению (т. е. вступают в законную силу с момента принятия). Это позволит избежать затягивания процедуры принудительного исполнения другой стороной путем подачи апелляционной жалобы.

Таким образом, на основе проведенного анализа можно сделать следующие выводы:

- 1) закрепление в белорусском законодательстве механизма, позволяющего принудительно исполнить принятые МАС обеспечительные меры, обоснованно и необходимо. Возможность обратиться в государственный суд за обеспечением иска на основании главы 9 ХПК должна рассматриваться как вспомогательная альтернатива, наличие которой продиктовано «врожденными» недостатками арбитража. Именно арбитраж является естественным форумом для принятия обеспечительных мер, выбор в пользу которого сделали стороны, заключив арбитражное соглашение.

В связи с этим арбитраж должен быть уполномочен принимать обеспечительные меры, которые не только являются обязательными, но и которые можно принудительно исполнить впоследствии. В противном случае компетенция арбитража по обеспечению иска является, в сущности, номинальной;

2) выделить три основных подхода к решению вопроса принудительного исполнения обеспечительных мер, принятых «внутренним» арбитражным судом: прямое исполнение, исполнение после формальной проверки государственным судом и установление широкой дискреции суда. Подход прямого исполнения предполагает возможность принудительного исполнения принятых арбитражем обеспечительных мер в отсутствие какого-либо контроля со стороны судебной системы. Акты арбитражного суда приравниваются, в сущности, к постановлениям государственных судов и исполнительным документам. Согласно второму подходу наделяние актов арбитража исполнительной силой происходит после проверки государственным судом отсутствия закрытого перечня оснований для отказа. Проверка не предполагает рассмотрения государственным судом вопроса принятия обеспечительных мер по существу, а основания для отказа носят процессуальный характер. При широкой дискреции суда проверка акта арбитража об обеспечительных мерах не ограничивается процессуальными основаниями. Как правило, национальный законодатель вообще не определяет какого-либо перечня оснований для отказа, оставляя этот вопрос на усмотрение суда. В связи с этим возможна оценка государственным судом правильности принятия обеспечительных мер по существу;

3) подход, закрепленный в Типовом законе ЮНСИТРАЛ (вариант подхода, при котором исполнение возможно после формальной проверки государственным судом), является наиболее сбалансированным и оптимальным для Республики Беларусь. Он соблюдает баланс между необходимостью сохранения судебного контроля и выбором сторонами арбитража в качестве форума для разрешения спора по существу. В этой связи он избегает наиболее существенных недостатков двух других подходов: подхода прямого исполнения (отсутствие судебного контроля) и подхода, наделяющего государственный суд широкой дискрецией (дублирование процедуры принятия обеспечительных мер);

4) выделить следующие характерные черты закрепленного в Типовом законе ЮНСИТРАЛ механизма принудительного исполнения обеспечительных мер:

— согласие арбитража на обращение стороны в государственный суд по общему правилу не требуется;

— перечень оснований является закрытым;

— все основания для отказа носят процессуальный характер, а проверка государственным судом правильности принятия обеспечительных мер по существу прямо запрещена;

— механизм приведения в исполнение обеспечительных мер основан на режиме признания и приведения в исполнение арбитражных решений, но при этом содержит положения, учитывающие специфику обеспечительных мер;

— постановление государственного суда по любому из оснований для отказа имеет силу только для целей ходатайства о признании и приведении в исполнение обеспечительной меры;

5) Типовой закон ЮНСИТРАЛ не регламентирует некоторые важные вопросы приведения в исполнение обеспечительных мер, которые будет необходимо решить при внедрении его положений в национальное законодательство. Не урегулированы вопрос о распределении бремени доказывания, а также вопрос относительно способа, при помощи которого государственный суд наделяет обеспечительные меры, принятые МАС, исполнительной силой. На наш взгляд, данные вопросы следует решить следующим образом:

— бремя доказывания должно быть отнесено на сторону, против которой направлена обеспечительная мера. Это будет соответствовать выделению в Типовом законе ЮНСИТРАЛ (по аналогии с арбитражными решениями по существу) оснований для отказа, которые применяются по заявлению стороны, против которой они направлены. Кроме того, в связи с тем, что арбитраж, принимая обеспечительные меры, проверяет (по крайней мере, предварительно) отсутствие обстоятельств, которые соотносятся с основаниями для отказа (например, проверяет действительность арбитражного соглашения), государственный суд должен исходить из презумпции отсутствия оснований для отказа, которые суд не вправе применять *ex officio*;

— способ наделяния обеспечительных мер исполнительной силой, при котором государственный суд выносит на основе акта арбитража собственное определение об обеспечении иска, является наиболее подходящим для Беларуси. В этом случае государственный суд при необходимости сможет исправить незначительные недостатки определения МАС. Это также позволит не вносить существенные изменения в законодательство об исполнительном производстве и ХПК.

Список использованных источников

1. Гицевич, Н. Т. Обеспечительные меры в ходе международного арбитража в Республике Беларусь и Российской Федерации / Н. Т. Гицевич // Актуальные проблемы гуманитарных и социальных наук: сб. науч. тр. Вып. 1 / редкол.: А. В. Лаврухин (гл. ред.) [и др.]. — Вильнюс, 2007. — С. 64–93.

2. Данилевич, А. С. Международный коммерческий арбитраж: пособие / А. С. Данилевич [Электронный ресурс] // КонсультантПлюс: Беларусь. Технология 3000 / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. — Минск, 2020.
3. Данилевич, А. С. Перспективы развития обеспечительных мер в международном коммерческом арбитраже в Беларуси / А. С. Данилевич, А. К. Аль-Хайдар // Актуальные проблемы международного публичного и международного частного права: сб. науч. тр. Вып. 2. — Минск: БГУ, 2010. — С. 195—205.
4. Данилевич, А. С. Перспектива расширения компетенции международного арбитражного суда в Беларуси в отношении обеспечительных мер / А. С. Данилевич // Журн. междунар. права и междунар. отношений. — 2019. — № 1-2 (88-89). — С. 3—12.
5. Данилевич, А. С. Эффективность и законная сила решения международного арбитражного суда / А. С. Данилевич [Электронный ресурс] // КонсультантПлюс: Беларусь. Технология 3000 / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. — Минск, 2020.
6. Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже: [закл. в г. Женеве 21 апр. 1961 г.] [Электронный ресурс] // Там же.
7. Ерпылева, Н. Ю. Международное частное право: учеб. для вузов / Н. Ю. Ерпылева. — М. : Изд. дом Высш. шк. экономики, 2015. — 655 с.
8. Ерпылева, Н. Ю. Обеспечительные меры в международном коммерческом арбитраже / Н. Ю. Ерпылева, Д. А. Лопатина // Междунар. коммерч. арбитраж. — 2008. — № 4. — С. 52—77.
9. Курочкин, С. А. Международный коммерческий арбитраж и третейское разбирательство: пособие для студентов вузов / С. А. Курочкин [Электронный ресурс] // КонсультантПлюс. Россия / ЗАО «Консультант Плюс». — М., 2016.
10. Курочкин, С. А. Особенности применения обеспечительных мер по искам, рассматриваемым третейскими судами и международными коммерческими арбитражами / С. А. Курочкин // Закон. — 2012. — № 12. — С. 90—99.
11. Международный коммерческий арбитраж: пособие / А. И. Анищенко [и др.]; под ред. У. Хельманна, С. А. Балащенко, Т. В. Сысуева. — Минск: Изд. центр БГУ, 2017. — 395 с.
12. Мусин, В. А. Меры по обеспечению иска, предъявляемого в третейском суде / В. А. Мусин // Третейский суд при Санкт-Петербургской торговой-промышленной палате / под ред. В. А. Мусина. — СПб., 2001. — С. 48—53.
13. Николоюкин, С. В. Меры по обеспечению иска в международном коммерческом арбитраже / С. В. Николоюкин [Электронный ресурс] // КонсультантПлюс. Россия / ЗАО «Консультант Плюс». — М., 2020.
14. Об исполнительном производстве: Закон Респ. Беларусь от 24 окт. 2016 г. № 439-З [Электронный ресурс] // КонсультантПлюс. Беларусь / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. — Минск, 2020.
15. О международном арбитражном (третейском) суде: Закон Респ. Беларусь от 9 июля 1999 г. № 279-З [Электронный ресурс] // Там же.
16. Ошмян, Ю. В. Обеспечительные меры в международном коммерческом арбитраже / Ю. В. Ошмян, К. В. Терехов [Электронный ресурс] // Электронный журнал «Юрист». — 2019. — № 12. — Режим доступа: <<https://jurist.by/zurnal/statia/obespechitelnye-mery-v-mezhdunarodnom-kommercheskom-arbitrazhe>>. — Дата доступа: 07.04.2020.
17. Сысуй, Т. В. Обеспечение на территории Республики Беларусь иска, заявленного в арбитраж / Т. В. Сысуй [Электронный ресурс] // КонсультантПлюс: Беларусь. Технология 3000 / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. — Минск, 2020.
18. Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже 1985 г. С изменениями, принятыми в 2006 г. [Электронный ресурс] // ЮНСИТРАЛ. — Режим доступа: <http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/ml-arb/07-87000_Ebook.pdf>. — Дата доступа: 07.04.2020.
19. Функ, Я. И. Международный арбитраж в Республике Беларусь: пособие / Я. И. Функ [Электронный ресурс] // КонсультантПлюс: Беларусь. Технология 3000 / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. — Минск, 2020.
20. Функ, Я. И. Обеспечительные меры в арбитражном (третейском) судопроизводстве / Я. И. Функ, И. В. Перерва // Юрист. — 2014. — № 11. — С. 62—65.
21. Хозяйственный процессуальный кодекс Республики Беларусь от 15 дек. 1998 г. № 219-З: принят Палатой представителей 11 нояб. 1998 г.: одобр. Советом Респ. 26 нояб. 1998 г.: текст по сост. на 1 янв. 2019 г. [Электронный ресурс] // КонсультантПлюс. Беларусь. Технология 3000 / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. — Минск, 2020.
22. Цират, Г. Обеспечительные меры в международном коммерческом арбитраже: состояние и перспективы регулирования / Г. Цират // LEGEA ŞI VIAȚA. — 2014. — № 3/3. — С. 200—203 [Electronic resource] // Instrumental Bibliometric National. — Mode of access: <https://ibn.idsi.md/sites/default/files/imag_file/Obespechitelnie%20meri%20v%20mejdunarodnom%20kommerceskom%20arbitraze.pdf>. — Date of access: 24.03.2020.
23. A Guide to the 2006 Amendments to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary / H. M. Holtzmann [et al.]. — The Hague: Kluwer Law International, 2015. — 846 p.
24. Arbitration in Belgium. A Practitioner's Guide / O. Caprassé [et al.]; ed.: N. Bassiri, M. Draye. — The Hague: Kluwer Law International, 2015. — 688 p.
25. Arroyo, M. Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide / M. Arroyo. — 2nd ed. — The Hague: Kluwer Law International, 2018. — 1656 p.
26. Australian International Arbitration Act 1974: as amended by Act N 130 of 2018 [Electronic resource] // Federal Register of Legislation. — Mode of access: <<https://www.legislation.gov.au/Details/C2018C00439>>. — Date of access: 24.03.2020.
27. Austrian Code of Civil Procedure: inserted by the Arbitration Law Reform Act 2006, BGBl. I N 7/2006 [Electronic resource] // Legal Information System of the Federal Government. — Mode of access: <https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/ErV/ERV_2006_1_7/ERV_2006_1_7.html>. — Date of access: 24.03.2020.
28. Belgian Judicial Code Provisions: as amended by 25 December 2016 [Electronic resource] // Belgian Centre for Arbitration and Mediation. — Mode of access: <<https://www.cepani.be/wp-content/uploads/2019/12/Schedule-IV.pdf>>. — Date of access: 24.03.2020.
29. Binder, P. International commercial arbitration in UNCITRAL model law jurisdictions: an international comparison of the UNCITRAL model law on international commercial arbitration / P. Binder. — The Hague: Kluwer Law International, 2000. — 358 p.
30. Born, G. B. International Commercial Arbitration / G. B. Born. — 2nd ed. — The Hague: Wolters Kluwer Law & Business: Kluwer Law International, 2014. — 4408 p.
31. Dispute Resolution in Austria: An Introduction / M. Heider [et al.]. — The Hague: Kluwer Law International, 2015. — 240 p.
32. Ecuador Ley de Arbitraje y Mediación: Ley No. 000. RO/145 de 4 de septiembre de 1997 [Electronic resource] // Sistema de Información sobre Comercio Exterior. — Mode of access: <<http://www.sice.oas.org/DISPUTE/COMARB/Ecuador/larbymed.asp>>. — Date of access: 07.04.2020.

33. Fouchard, P. Fouchard, Gaillard, Goldman On International Commercial Arbitration / P. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman; ed.: E. Gaillard, J. Savage. — 3rd ed. — The Hague: Kluwer Law International, 1999. — 1280 p.
34. International Arbitration Laws and Regulations 2019: published on 22 August 2019 [Electronic resource] // International Comparative Legal Guides. — Mode of access: <<https://iclg.com/practice-areas/international-arbitration-laws-and-regulations>>. — Date of access: 07.04.2020.
35. Kreindler, R. Commercial Arbitration in Germany / R. Kreindler, R. Wolff, M. S. Rieder. — Oxford: Oxford University Press, 2016. — 488 p.
36. Law on Arbitration of Slovenia: adopted by the State Council of the Republic of Slovenia on 25 April 2008 [Electronic resource] // The Ljubljana Arbitration Centre at the Chamber of Commerce and Industry of Slovenia. — Mode of access: <<http://www.sloarbitration.eu/Portals/0/Arbitrazno-pravo/Law%20on%20Arbitration%20of%20Slovenia.pdf>>. — Date of access: 24.03.2020.
37. Myburgh, A. Does International Commercial Arbitration Promote Foreign Direct Investment? / A. Myburgh, J. Paniagua // Journal of Law and Economics. — 2016. — Vol. 59, N 3. — P. 597–627.
38. North Carolina General Statutes (Chapter 1, Article 45B): as amended by 2014 [Electronic resource] // North Carolina General Assembly. — Mode of access: <https://www.ncleg.net/EnactedLegislation/Statutes/HTML/ByArticle/Chapter_1/Article_45B.html>. — Date of access: 17.03.2020.
39. Oregon International Commercial Arbitration and Conciliation Act: as amended by 2017 [Electronic resource] // JUSTIA US Law. — Mode of access: <<https://law.justia.com/codes/oregon/2017/volume-01/chapter-036/section-36.470/>>. — Date of access: 17.03.2020.
40. Rubino-Sammartano, M. International arbitration law and practice (commercial, investment, online, state-individual, interstate, commodities, U.S. — Iran, UNCITRAL and sports arbitration) / M. Rubino-Sammartano. — 3rd ed. — Huntington, NY: JurisNet, 2014. — 2025 p.
41. Swiss Private International Law Act (Chapter 12: International Arbitration): as adopted in 1987 [Electronic resource] // Swiss Chambers' Arbitration Institution. — Mode of access: <https://www.swissarbitration.org/files/34/Swiss%20International%20Arbitration%20Law/IPRG_english.pdf>. — Date of access: 17.03.2020.
42. Yeşilirmak, A. Provisional measures in international commercial arbitration / A. Yeşilirmak. — The Hague: Kluwer Law International, 2005. — 329 p.

Статья поступила в редакцию в апреле 2020 г.