

**Олег Анатольевич МАЛОВ**

Московский государственный институт международных отношений (университет)

Министерства иностранных дел Российской Федерации

Вернадского пр-т, д. 76, Москва, 119454, Российская Федерация

o.malov@inno.mgimo.ru

ORCID: 0000-0003-0726-9574

ПРОЦЕСС СТАНОВЛЕНИЯ И РАЗВИТИЯ ИНСТИТУЦИОНАЛЬНОГО АРБИТРАЖА В ИСПАНИИ

ВВЕДЕНИЕ. В статье рассматривается становление правового института институционального арбитража в Испании. Дан краткий обзор постепенных изменений в подходе испанского законодателя к указанному институту от полного запрета к полноправному включению его в правовое пространство. Исследованы законодательное регулирование образования и правового статуса постоянно действующих арбитражных учреждений (далее – ПДАУ), правовая природа их полномочий, обязанностей и ответственности. Дан общий обзор текущей ситуации, связанной с их деятельностью. Показано их значение в формировании современной системы третейского разбирательства в Испании.

МАТЕРИАЛЫ И МЕТОДЫ. Материалом послужили труды испанских и латиноамериканских исследователей в области третейского разбирательства и международного коммерческого арбитража, а также действующее арбитражное законодательство Испании, включая ряд актов органов судебной власти, имеющих ключевое значение. Методологическую основу исследования составили общенаучные и частнонаучные методы познания (диалектический метод, методы анализа и синтеза, дедукции и индукции, сравнительно-правовой и историко-правовой методы).

РЕЗУЛЬТАТЫ ИССЛЕДОВАНИЯ. В ходе проведенного исследования автор раскрывает

наличие в Испании трех факторов, препятствующих полноценному развитию институционального арбитража. Это, прежде всего, слабые традиции применения третейского способа разрешения споров как такового. Иначе говоря, речь идет о способе, все еще неизвестном большинству населения, за исключением узкой группы профессионалов. Отсюда общее недоверие и скептицизм, основанные на привычной уверенности участников торгового оборота в том, что государственное судопроизводство предоставляет больше гарантий защиты их прав. Соответственно, такие общепризнанные в развитых арбитражных правовых системах преимущества, как конфиденциальность разбирательства и отсутствие процедуры обжалования арбитражного решения по существу, воспринимаются, наоборот, как негативные факторы. Затем, это весьма укорененный как среди делового сообщества, так и среди адвокатов Испании взгляд, что назначаемый стороной арбитр является ее «адвокатом», призванным представлять ее интересы перед председательствующим арбитром, что само собой вызывает недоверие к независимости и беспристрастности ПДАУ и арбитров. К сожалению, указанные факторы обуславливают крайне незначительное число арбитражных разбирательств в стране, что порождает третий фактор: недостаточно высокий профессиональный уровень сотрудников ПДАУ

и арбитров из-за недостатка опыта. Автор показывает ведущую роль наиболее авторитетных ПДАУ в процессе преодоления указанных проблем.

ОБСУЖДЕНИЯ И ВЫВОДЫ. Дан краткий обзор постепенных изменений в подходе испанского законодателя к указанному институту от запрета к полному включению его в правовое пространство. Исследованы законодательное регулирование образования и правового статуса ПДАУ, правовая природа их полномочий, обязанностей и ответственности. Дан общий обзор текущей ситуации, связанной с их деятельностью. Показано их значение в формировании современной системы третейского разбирательства Испании. По итогам исследования автор обращает внимание на то, что несмотря на имеющий место прогресс в совершенствовании правового регулирования третейского разбирательства вообще и института институционального арбитража в частности, Испании предстоит еще долгий

путь, чтобы создать полноценную и эффективную систему третейского разбирательства и тем самым стать в том числе привлекательной юрисдикцией для разбирательств в рамках международного коммерческого арбитража.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: постоянно действующее арбитражное учреждение, ПДАУ, институциональный арбитраж, третейское разбирательство, правовой статус арбитражного учреждения, ответственность арбитражного учреждения

ДЛЯ ЦИТИРОВАНИЯ: Малов О.А. 2024. Процесс становления и развития институционального арбитража в Испании. – Московский журнал международного права. № 1. С. 90–106. DOI: <https://doi.org/10.24833/0869-0049-2024-1-90-106>

Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

INTERNATIONAL PRIVATE LAW

DOI: <https://doi.org/10.24833/0869-0049-2024-1-90-106>

Oleg A. MALOV

Moscow State Institute of International Relations (University) MFA Russia
76, pr. Vernadskogo, Moscow, Russian Federation, 119454
o.malov@inno.mgimo.ru
ORCID: 0000-0003-0726-9574

Research article

UDC: 341.3

Received 24 October 2023

Approved 23 March 2024

DEVELOPMENT OF INSTITUTIONAL ARBITRATION IN SPAIN

INTRODUCTION. The development of the statutory regulation of institutional arbitration in Spain has been briefly outlined at the present study. The legal status of arbitral institution, the legal nature of its rights, obligations and liabilities have been examined. The role of arbitral institutions at the current arbitration situation in Spain has been briefly outlined.

MATERIALS AND METHODS. The study has been based upon Spanish legislation, key judicial acts and works of Spanish and Latin American experts in the

field. General scientific methods of knowledge – analysis, synthesis, induction and deduction – have been applied during the study. Special legal methods – formal-legal, technical-legal, the method of legal analogy, as well as the comparative legal method – have been also applied.

RESEARCH RESULTS. The study demonstrates three factors which obstacle a full-scale development of institutional arbitration in Spain. The first factor is that the commercial arbitration itself has been a new

phenomenon and it has been still unknown to the most of the Spanish population except a rather narrow community of professionals. As a consequence, the most of Spanish business community members put their best faith upon the judicial way of disputes resolution. As another consequence, confidentiality of proceedings and absence of appeal remedy have been treated rather as weaknesses than advantages of arbitration. The second factor is that there has been a deep-rooted point of view across Spanish business and lawyers communities that an arbitrator is rather legal representative of the party he has been appointed by. Which provokes reasonable doubts regarding independence and impartiality not only of an arbitrator, but an arbitral institution as well. The both factors outcome a low number of arbitrations in Spain and activate the third one. The third factor is a rather low level of competence of arbitrators and arbitral institutions staff due to the lack of practice. The study demonstrates significant efforts of the leading Spanish arbitral institutions in order to eliminate the factors.

DISCUSSION AND CONCLUSIONS. *The development of the statutory regulation of institutional arbitration in Spain has been briefly outlined. The legal*

status of arbitral institution, the legal nature of its rights, obligations and liabilities have been examined. The role of arbitral institutions at the current arbitration situation in Spain has been briefly outlined. Based upon the results of the study, the author comes to the conclusion that despite a significant progress in improving of legal regulation of institutional arbitration and the commercial arbitration as a whole, Spain has still quite a long way to go in order to create an efficient system of commercial arbitration and to become an attractive jurisdiction for international commercial arbitration as well.

KEYWORDS: *Arbitral institution, institutional arbitration, arbitral process, legal status of arbitral institution, liability of arbitral institution*

FOR CITATION: Malov O.A. Development of Institutional Arbitration in Spain. – *Moscow Journal of International Law*. 2024. No. 1. P. 90–106. DOI: <https://doi.org/10.24833/0869-0049-2024-1-90-106>

The author declares the absence of conflict of interest.

1. Введение

Рассматриваемый в настоящей работе предмет имеет, скорее, практическое значение и, безусловно, представляет интерес в первую очередь для юристов, обслуживающих внешнеэкономические сделки с участием испанских контрагентов. Однако, по нашему мнению, опыт правового регулирования данного вопроса в Испании, хотя бы в силу своего своеобразия, может оказаться достаточно интересным и для целей общего развития в России третейского разбирательства вообще и институционального арбитража в частности.

Целью исследования является рассмотрение процесса становления и развития современной нормативно-правовой основы деятельности ПДАУ¹ в Испании. При этом особое внимание

уделяется основным международным правовым источникам, оказавшим прямое или косвенное влияние на регулирование деятельности ПДАУ.

Прежде всего, стоит отметить некоторое сходство развития указанных учреждений в России и Испании в XX в., которое длительное время тормозилось неблагоприятными условиями тоталитарного государственного строя обеих стран с абсолютным преобладанием в гражданско-правовой сфере государственной юстиции. Но если в СССР политика активного международного экономического сотрудничества направила это развитие по пути международного коммерческого арбитража, то изоляционистская экономическая политика диктатора Франко лишила Испанию и такой возможности, что в конечном счете привело к парадоксальной ситуации. С одной стороны, испытывающим

¹ Правовое содержание указанного законодательного термина российского права в смысле положений ст. 2 Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже» от 07 июля 1993 г. № 5338-1 и ст. 2 Федерального закона «Об арбитраже (третейском разбирательстве)» от 29 декабря 2015 г. № ФЗ-382 соответствует правовому содержанию законодательного термина испанского права “*institucion arbitral*” в смысле положений ст. 14 Закона «О третейском разбирательстве» Испании от 23 декабря 2003 г. № 60/2003.

примером укорененности традиции третейского разбирательства в правовой культуре Испании является действующий до настоящего времени так называемый Водный Трибунал (Tribunal de las Aguas). Его официальные названия – Трибунал Оросителей Долины Валенсии (Tribunal de los Acequeros de la Vega de Valencia) или Соборный Суд (Cort de Seo, названный по месту проведения в главном соборе города, непрерывная деятельность которого задокументирована с 960 г. при халифе Кордовы Абдурахмане III Великом, хотя историки полагают, что он действовал еще в эпоху Римской империи). С другой стороны, прошло всего около 40 лет с момента начала становления системы третейского разбирательства (в том числе институционального арбитража) современного типа. Однако несмотря на короткую историю, развитие современного института третейского разбирательства характеризуется последовательностью законодательной и правоприменительной политики, направленной на превращение Испании в благоприятную юрисдикцию как для внутренних, так и для международных третейских разбирательств.

Для правового регулирования институционального арбитража вообще и юридического статуса ПДАУ в частности испанский законодатель исходит из следующих основных принципов:

- 1) третейское разбирательство частноправовой природы является основным видом третейского разбирательства;
- 2) третейская деятельность, осуществляемая органами публичного права в рамках полномочий, предоставленных им отраслевыми нормативными правовыми актами (далее – НПА), является специальным видом третейского разбирательства публично-правовой природы;
- 3) предметом разбирательства могут быть любые права, находящиеся в свободном распоряжении сторон, кроме случаев, прямо запрещенных законом;
- 4) правовая основа третейского разбирательства – это соглашение сторон спора поручить определенным субъектам провести третейское разбирательство;
- 5) функции третейского судьи вправе исполнять исключительно физическое лицо;
- 6) постоянно действующее арбитражное учреждение не может осуществлять юрисдикционную функцию и не является участником третейского разбирательства;

7) постоянно действующее арбитражное учреждение осуществляет функцию надзора за соблюдением требований законодательства к статусу третейского судьи, к прозрачности его назначения и его независимости.

Для реализации указанных принципов использованы следующие подходы:

- 1) правовое регулирование внутреннего и международного третейского разбирательства установлено в одном нормативно-правовом акте (так называемое монорегулирование) – Законе о третейском разбирательстве;
- 2) третейское разбирательство частноправовой природы регулируется Законом о третейском разбирательстве;
- 3) третейское разбирательство публично-правовой природы регулируется отраслевыми НПА (*lex specialis*) с субсидиарным применением Закона о третейском разбирательстве (*lex generalis*);
- 4) в основу системы правового регулирования в качестве общего правила положено регулирование третейского разбирательства *ad hoc*. Нормы, посвященные ПДАУ, включены в одну специальную и несколько общих статей указанного закона.

Таким образом, в отношении общих принципов регулирования правового института третейского разбирательства испанский законодатель в целом следует современному подходу, принятому в ведущих правовых системах мира, в том числе в российском. Однако в отношении правового регулирования международного коммерческого арбитража (далее – МКА) между правовыми системами Испании и Российской Федерации имеется существенное различие. Если российский законодатель следует дуалистическому подходу (внутреннее третейское разбирательство и МКА регулируются отдельно специальными законодательными актами), то испанский – монистическому (МКА регулируется законодательным актом о внутреннем третейском разбирательстве).

2. Формирование современного подхода к правовому регулированию третейского разбирательства

2.1. Реформа 1953 г. Закон о частноправовом третейском разбирательстве

Первой попыткой системного регулирования третейского разбирательства в Испании стал За-

кон о частнопроводном третейском разбирательстве 1953 г. (далее – ЗТР 1953)². До этого нормы, относящиеся к третейскому разбирательству, содержались в двух НПА (Законе о гражданском судопроизводстве и Гражданском кодексе Испании (далее – ГКИ)), и по ряду вопросов не совпадали. Однако в силу существующего в то время авторитарного политического строя с максимальной концентрацией властных полномочий в руках государственных органов, в том числе судебных, и со стремлением к максимальной самоизоляции Испании, в том числе экономической, указанный закон нес в себе двойной негативный эффект.

Во-первых, ст. 22 ЗТР 1953 запретила сторонам назначать третейского судью при помощи третьих лиц. Этот запрет повлек за собой запрет в Испании институционального третейского разбирательства как такового, включая создание и деятельность ПДАУ.

Во-вторых, закон не содержал указаний на международное третейское разбирательство, предусматривая таким образом применение к нему того же режима, что и к внутренним разбирательствам. Это вызвало конфликт между подходами ЗТР 1953 и *ius specialis* МКА к одному из основных институтов – арбитражному соглашению сторон. На тот момент международный подход (Женевская Конвенция 1927 г. и Женевский протокол 1923 г.) рассматривал отдельную третейскую запись и третейскую оговорку в коммерческом договоре сторон как равноценные способы оформления сторонами арбитражного соглашения (далее – АС). А ЗТР 1953 рассматривал третейскую оговорку в коммерческом договоре лишь как предварительное соглашение сторон прибегнуть к третейскому порядку разрешения спора в случае его возникновения в будущем. Иными словами, ЗТР 1953 не признавал действительность арбитражного соглашения, заключенного до возникновения спора [Fernández Rozas 1986:5].

Следствием указанного подхода законодателя стал системный отказ испанских судов в признании и исполнении иностранных арбитражных решений и иных актов. Так, из 17 определений Верховного Суда Испании, вынесенных по такого рода заявлениям за период между 1930 г. (год ратификации Испанией Женевской Конвенции и Протокола) и 1975 г. (год упразднения авторитарного режима в связи со смертью диктатора

Франко), только четыре признали иностранное арбитражное решение, и почти во всех случаях речь шла о действительности третейской оговорки в коммерческом договоре сторон [Fernández Rozas 1986:6]. Повсеместный характер носило применение судами оговорки о противоречии арбитражного решения публичному порядку, которая, как правило, использовалась в двух случаях:

1) наличие третейской оговорки в договоре при отсутствии последующей отдельной нотариально заверенной третейской записи сторон на момент начала третейского разбирательства, в связи с чем АС признавалось ничтожным;

2) наличие в договоре сторон условия о передаче полномочий по назначению арбитров третьему лицу, а именно, постоянно действующему арбитражному учреждению.

Одним из ярких примеров такой правоприменительной практики может служить Определение Первой коллегии Верховного Суда от 4 июля 1975 г., согласно которому такое условие противоречит публичному порядку, «закрепленному в нашем действующем правовом регулировании, согласно которому третейские судьи должны назначаться в любом случае путем взаимного соглашения сторон, и не будет иметь юридическую силу соглашение о передаче одной из сторон или третьему лицу полномочия назначить третейских судей (ст. 22 Закона Испании от 22 декабря 1953 г.)» [Remiro Brotóns 1980:373]. Следует отметить, что это Определение подверглось справедливой критике со стороны части доктрины, так как содержит в себе «чрезмерное применение принципа публичного порядка, которое решительно препятствует осуществлению иностранным арбитром его деятельности» [Cremades 1975:51].

Следствием действия ЗТР 1953 и практики его применения судебными органами с фактическим игнорированием Женевской Конвенции 1927 г. и неприсоединением страны к дальнейшим международным конвенциям в области арбитража стали сокращение почти до нуля третейских разбирательств коммерческого характера, отсутствие постоянно действующих арбитражных учреждений и практики проведения на территории Испании международного коммерческого арбитража. В свою очередь, отсутствие практической значимости института

² Ley de los arbitrajes de Derecho Privado. – *СПС BOE*. URL: www.boe.es (accessed date: 21.09.2022).

третейского разбирательства повлекло за собой снижение к нему интереса со стороны доктрины.

2.2. Попытка реформы 1975–1977 гг. Ратификация Женевской (1961) и Нью-Йоркской (1958) конвенций

Эта ситуация начала меняться лишь после 1975 г., когда новое правительство Испании взяло курс на интеграцию в мировое экономическое сообщество. Это потребовало от законодателя реформы правового регулирования института третейского разбирательства. И на этом этапе именно МКА стал локомотивом дальнейшего развития института третейского разбирательства в целом. Перед законодателем открылись два взаимосвязанных пути: реформирование ЗТР 1953 и параллельное включение в законодательство страны соответствующих международных инструментов регулирования третейских разбирательств через присоединение к действовавшим на тот момент многосторонним международным договорам. Первый путь предполагал разработку Генеральной Комиссией по Кодификации проекта нового ЗТР. Но несмотря на то что в 1975 г. проект нового закона был разработан и рассматривался указанной Комиссией³, до его принятия дело так и не дошло. Таким образом, законодатель ограничился присоединением Испании к международным конвенциям: в 1975 г. – к Европейской (Женевской) конвенции о международном коммерческом арбитраже 1961 г., и в 1977 г. – к Конвенции Организации Объединенных Наций (далее – ООН) о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йоркской конвенции) 1958 г. В отношении постоянно действующих арбитражных учреждений результатом этой половинчатости стала парадоксальная ситуация: если в силу прямого действия норм Женевской и Нью-Йоркской конвенций в Испании было признано «право на существование» иностранных ПДАУ в области международного арбитража, то в силу продолжавшего действовать ЗТР 1953 на ПДАУ в самой Испании это право не распространялось.

Кроме того, само по себе включение *de iure* в законодательство Испании указанных международных норм не привело к их немедленному применению *de facto* к иностранным арбитражным решениям. Юридическое сообщество

страны на тот момент было к этому не готово. Доктрина в большинстве своем традиционно оказывала «молчаливое сопротивление» концепции прямого действия и верховенства международных договоров в национальном правопорядке, а некоторые авторы доходили до того, что подобные международные инструменты носят чисто «культурологический» характер [González Campos 1977:78]. Именно поэтому испанские суды практически не применяли на практике положения ратифицированных Женевских Протокола (1923) и Конвенции (1927). Прекрасной иллюстрацией этого служит следующая цитата: «Практика Первой коллегии Верховного Суда состоит из вереницы кратко отредактированных, слабо мотивированных, скорых в принятии решения (которое в большинстве случаев является отказом) определений. Для отказа в экзекватурировании в одних случаях приводится искаженное ограничительное толкование конвенциональных норм, а в других – вообще опускается какая-либо ссылка на Конвенцию, подлежащую применению, а в некоторых случаях приводятся доводы, не имеющие к ней никакого отношения, или основанные на легко устранимых фактических обстоятельствах или дефектах» [Remiro Brotons 1980:30].

Показательно, что инерция судебной системы оказалась настолько сильной, что ее разворот от «отпора» так называемому юрисдикционному империализму к признанию арбитражных решений, принятых на основании норм, отличных от внутреннего законодательства Испании, занял примерно пять лет с момента присоединения страны к указанным выше конвенциям. И на протяжении этого периода Верховный Суд даже продолжал требовать уплаты судебных пошлин без учета ограничений, установленных в ст. III Нью-Йоркской Конвенции 1958 г., а нижестоящие суды продолжали игнорировать арбитражные оговорки в текстах международных коммерческих договоров [Cremades Bernardo 1979:21].

1981 г. стал поворотным моментом в отношении испанского правоприменителя как для признания зарубежных арбитражных решений, так и для института институционального арбитража. Он ознаменовался двумя событиями.

1. Верховный Суд принял Определение от 11 февраля 1981 г., в котором указано: «Если считать, что Закон о частном третейском

³ BOCE, 1975: 35.063-35.064, nº 1.411, 5 febrero 1975 y nº 1.452, 20 junio 1975.

разбирательстве 1953 г. или действовавшие до него положения статьи 954 Закона о гражданском судопроизводстве составляют основу концепции публичного порядка, то указанная позиция превратит в мертвую букву указанные международные конвенции и позволит испанскому предпринимателю через неучастие в назначении арбитров избежать последующего принудительного исполнения арбитражного решения. И оправданием такой позиции не могут служить ссылки на акты настоящего Суда, принятые до ратификации Испанией указанных Конвенций» [Cremades Bernardo 1983:194]. Таким образом, Верховный Суд раз и навсегда разрешил противоречия между ЗТР 1953 и конвенциями в пользу последних, независимо от того, проводилось ли арбитражное разбирательство в рамках иностранного процессуального права (*lex arbitri*) или путем институционального арбитража в иностранном ПДАУ или в режиме *ad hoc* за пределами территории Испании.

2. Был принят Королевский декрет 1094/1981 от 22 мая 1981 г. об осуществлении Высшим Советом Официальных Торговых, Промышленных и Морских Палат (далее – ТПП) международного коммерческого арбитража⁴. Это была реакция законодателя на растущее давление со стороны экспортеров, недовольных сложностью и дороговизной арбитражных разбирательств в иностранных юрисдикциях. В свою очередь, Высший Совет ТПП при поддержке ведущих деловых и профессиональных объединений страны поспешил создать Испанский Третейский Суд (*Corte Espanola de Arbitraje*). При этом по понятным причинам изначально приоритетное внимание уделяется продвижению его деятельности в Латинской Америке.

Таким образом, по мнению ряда авторов, современное право Испании, регулирующее третейское разбирательство вообще и институциональный арбитраж в частности основано не на наработках национальной доктрины и правоприменительной практики, а на ратификации страной вышеуказанных Женевской и Нью-Йоркской конвенций [Cremades Bernardo 2011:659]. Соответственно, регламенты испанских постоянно действующих арбитражных уч-

реждений основаны на опыте ведущих, прежде всего европейских, ПДАУ.

2.3. Закон о третейском разбирательстве 1988 г.

Несмотря на факт участия представителей Испании в разработке Типового Закона Комиссии ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) 1985 г. (далее – ТЗ ЮНСИТРАЛ) и мнение значительной части доктрины, в 1988 г. законодатель не пошел по проложенному ЮНСИТРАЛ пути модернизации и интернационализации правового регулирования. Дело в том, что новый Закон принимался по Рекомендации Комитета министров Совета Европы № 12/1986, которая требовала от стран-участников принятия соответствующих норм для того, чтобы третейское разбирательство смогло составить наиболее доступную и действенную альтернативу государственному судопроизводству. Как прямо указано в водной части Закона: «Для этого недавно принятые законы, такие как закон об организации частного страхования, о защите прав потребителей и пользователей, об интеллектуальной собственности, об организации наземного транспорта, учреждают третейские органы, для которых настоящий Закон будет иметь субсидиарное применение, прежде всего в процессуальных аспектах».

Таким образом, законодатель сосредоточился не на долгосрочной модернизации регулирования третейского разбирательства как гражданско-правового института, а на сиюминутной цели обеспечения функционирования отдельных механизмов третейского разбирательства во вновь созданных под давлением Европы специализированных органах публичного права по «квазитретейскому» разрешению некоторых категорий споров в основном из правоотношений с участием граждан (например, споры в сфере защиты прав потребителей). Тем не менее позитивный эффект Закона о третейском разбирательстве 1988 г. (далее – ЗТР 1988)⁵ не ставится под сомнение. Он покончил с анахронизмом предыдущего правового регулирования и, пусть и в достаточно сумбурной форме, ввел в традиционное испанское право практически все

⁴ Real Decreto 1094/1981, de 22 de mayo, sobre realización por el Consejo Superior de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de arbitraje comercial internacional. – *СПС BOE*. URL: www.boe.es (accessed date: 24.09.2022).

⁵ Ley 36/1988 de Arbitraje, BOE No. 293, 07.12.1988. – *СПС BOE*. URL: www.boe.es (accessed date: 20.10.2022).

современные принципы и институты третейского разбирательства, включая институт постоянно действующего арбитражного учреждения.

С доктринальной точки зрения [Cremades Bernardo 2011:661] ЗТР 1988 ввел три важнейших принципа, неизвестных традиционному испанскому праву:

1) уравнивание юридического статуса арбитражной оговорки в договоре и отдельной третейской записи как законных средств оформления арбитражного соглашения (ст. 6 п. 1);

2) обязательность арбитражного соглашения для его сторон, т. е. было отменено извечное требование нотариального или судебного засвидетельствования арбитражного соглашения в момент возникновения спора (ст. 11);

3) распространение действия арбитражного соглашения на будущие споры (ст. 1).

Тем самым были закреплены основополагающие предпосылки для практической деятельности ПДАУ. Кроме того, законодатель прямо урегулировал три базовых вопроса.

1. Организационно-правовая форма (ст. 10)

Допускается создание ПДАУ в форме общественного объединения или некоммерческой организации в соответствии с общими требованиями законодательства. На практике преобладает форма некоммерческой организации. Каких-либо специальных ограничений в отношении статуса учредителей нет, но в этой роли, как правило, выступают торгово-промышленные палаты и их объединения, а также коллегии адвокатов.

2. Особый режим ответственности (ст. 16)

Постоянно действующее арбитражное учреждение отвечает за ущерб и убытки стороны спора при наличии умысла или вины. В случае разбирательств, порученных сторонами непосредственно учреждению, потерпевшая сторона будет иметь право прямого требования к учреждению, независимо от наличия или отсутствия у последнего права требования к арбитрам. В свою очередь, если соглашением не установлено иное, ПДАУ вправе потребовать от сторон предоставить финансовое обеспечение предстоящих расходов на организацию разбирательства и гонорары арбитрам.

3. Требования к статусу арбитра (ст. 12)

В целом, общим критерием явилось обладание лицом полной гражданской правоспособностью, но со следующими ограничениями:

1) в спорах, подлежащих разрешению на основе норм законодательства, в качестве арбитра может выступать исключительно практикующий адвокат;

2) не могут осуществлять функции арбитра действующие прокуроры, судьи и иные лица, осуществляющие публичные функции, оплачиваемые сбором или пошлиной.

Наконец, 1993 г. стал вехой в окончательном встраивании института третейского разбирательства, как такового, в правовую систему Испании. Это было связано с двумя актами Конституционного Суда. Во-первых, в Определении 326/1993 от 26 октября было признано, что третейское разбирательство является эквивалентом государственного судопроизводства. И, во-вторых, в Определении 259/1993 от 20 июля было признано, что деятельность третейского судьи (арбитра) носит публичный характер, наряду с такими видами деятельности, как деятельность нотариуса, капитана торгового судна, приходского священника и др. При этом его деятельность носит квазюрисдикционный характер⁶.

2.4. Действующий Закон о третейском разбирательстве 2003 г.

Причины реформы законодательного регулирования третейского разбирательства 2003 г. и намерения законодателя четко обозначены во вводной части Закона о третейском разбирательстве 2003 г. (далее – ЗТР 2003)⁷: «Расширение международных связей, особенно с латиноамериканским регионом, и отсутствие адекватных услуг в области международного коммерческого арбитража в нашей стране определяет тот факт, что его использование предпринимателями осуществляется посредством третейских учреждений, действующих в ином языковом контексте, вызывая негативные последствия для Испании и ущерб, который для нашей страны означает такой разрыв связей со странами указанного региона в сфере растущих взаимных интересов... Настоящий закон принимается с намерением обеспечить качественный скачок... Поэтому его основным вдохновляющим критерием является взятие за основу испанского правового регулирования третейского разбирательства Типового Закона ЮНСИТРАЛ от 21.06.1985 г. ... учитывая требования единообразия арбитражного

⁶ Auto del Tribunal Constitucional num. 259/1993 (Sala Primera, Seccion 1) de 20 de julio 1993, RTC 1993. 259.

⁷ Ley 60/2003 de Arbitraje, BOE No. 309, 26.12.2003. – *СПС BOE*. URL: www.boe.es (accessed date: 12.01.2023).

процессуального права и практические нужды международного коммерческого арбитража... Кроме того, время, прошедшее с момента вступления в силу Закона 36/1988 позволило выявить в нем лакуны и несовершенства регулирования».

Соответственно, структурное построение ЗТР 2003 практически идентично построению ТЗ ЮНСИТРАЛ, а содержание многих из его основных норм повторяет содержание соответствующих норм последнего.

Что касается ПДАУ, то в части, посвященной правовому статусу (ст. 14), и в части, посвященной особому режиму ответственности (ст. 21), ЗТР 2003 повторяет указанные выше положения ст. 10 и 16 ЗТР 1988, соответственно. Но при этом введены две важные новеллы.

1. Право требования арбитражным учреждением от сторон финансового обеспечения подкреплено санкцией в виде приостановления или прекращения третейского разбирательства.

2. Введен заимствованный из ТЗ ЮНСИТРАЛ принцип приоритета регламента арбитражного учреждения перед диспозитивными нормами закона. Так, с одной стороны, в ст. 14 введено прямое указание на то, что ПДАУ руководствуется своим регламентом. И, с другой стороны, в ст. 4 ЗТР 2003 «правила истолкования» введено положение о том, что в случае диспозитивности нормы Закона, стороны вправе самостоятельно решать данный вопрос или передать его решение, в том числе арбитражному учреждению на основании его регламента.

Закон о третейском разбирательстве 2003 г. ввел изменения и в критерии статуса арбитра. С одной стороны, прямое перечисление профессиональных ограничений было заменено общей отсылочной нормой к отсутствию препятствий со стороны законодательства, регулирующего профессиональную деятельность лица. С другой стороны, введены нормы, благоприятствующие международным разбирательствам:

1) при отсутствии соглашения об обратном национальность лица не препятствует исполнению функций арбитра (ст. 13);

2) требование о наличии у арбитра статуса практикующего адвоката в случае споров, подлежащих разрешению на основе норм законодательства, действует при отсутствии соглашения

об обратном и в любом случае не распространяется на международный коммерческий арбитраж (ст. 15).

Важно отметить эволюцию взгляда законодателя на право адвоката быть третейским судьей – от императивной монополии в ЗТР 1988 к диспозитивной привилегии в ЗТР 2003.

2.5. Поправки 2011 г. в ЗТР 2003

В отличие от реформы 2003 г., полностью перестроившей структуру законодательного регулирования, изменения, внесенные законодателем в ЗТР в 2011 г.⁸, в большинстве своем носят технический, корректирующий характер. Однако в отношении ПДАУ были введены четыре положения, имеющие принципиальное значение.

1. *Постоянно действующие арбитражные учреждения обязаны осуществлять надзор за соблюдением требований законодательства к статусу арбитра, к прозрачности его назначения и его независимости* (п. 3 ст. 14 ЗТР 2003). Доктрина [Perales Viscasillas 2011:682] подчеркивает важность этого положения, по крайней мере, в трех аспектах:

1) оно призвано обеспечить большую привлекательность институционального арбитража по отношению к арбитражу *ad hoc* в первую очередь для потенциальных участников внутринациональных третейских разбирательств. А также, укрепить полномочия ПДАУ в вопросах (весьма непростых для Испании (см. ниже раздел 3)) назначения арбитров и их независимости;

2) речь идет не о декларативном принципе, а о правовой обязанности ПДАУ установить в их регламентах или иных внутренних нормативных актах соответствующие механизмы исполнения данной нормы ЗТР 2003.

Прежде всего, в целях прозрачности назначения арбитров учреждение должно обеспечить публичный доступ к соответствующим процедурным протоколам, причем не только для случаев администрируемого им разбирательства, но и разбирательства *ad hoc*. При этом доктрина указывает на то, что в высшей степени полезно следовать положениям п. 23 и 25 Рекомендаций ЮНСИТРАЛ 1982 г., т. е. обнародовать порядок избрания арбитра и, при наличии постоянного списка арбитров, указывать лицо или орган, осуществляющий выбор и назначение на практике.

⁸ Ley 11/2011, de reforma de la Ley 60/2003 de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado. BOE No. 121, 21.05.2011, Sec I. – *СПС BOE*. URL: www.boe.es (accessed date: 15.01.2023).

Также необходимо обозначить порядок отвода арбитра, наличие или отсутствие конкретных оснований, орган, принявший указанное решение и, в соответствующих случаях, этический кодекс или иной документ, содержащий критерии независимости и беспристрастности арбитров. Соответственно, указанная обязанность ПДАУ по надзору распространяется и на процедуру отвода арбитра в той мере, в какой в этом участвует учреждение;

3) неисполнение указанных обязанностей может повлечь ответственность ПДАУ в пределах положений ЗТР 2003 об ответственности (ст. 21).

2. *Постоянно действующие арбитражные учреждения и арбитры обязаны застраховать гражданскую ответственность* своей деятельности или оформить финансовую гарантию. Размер страхового или гарантийного покрытия устанавливается регламентом третейского учреждения. Исходя из смысла и содержания положений ст. 21 ЗТР 2003, эти требования не распространяются на разбирательства *ad hoc*, в которых ПДАУ выступает исключительно в качестве назначающего арбитров органа.

Стоит отметить, что область применения этой нормы не распространяется на разбирательства, проводимые зарубежными ПДАУ на территории Испании, так как они не являются субъектами испанского права. Вместе с тем это требование применимо к арбитрам в тех международных разбирательствах, в которых в качестве *lex arbitri* действует право Испании. В целом, некоторые авторы [Perales Viscasillas 2011:684] приходят к выводу, что вышеуказанные положения о надзоре и обязательном страховании ответственности устанавливают дополнительную правовую связь между арбитром и ПДАУ.

3. *В случае отказа одной из сторон спора предоставить по требованию ПДАУ или арбитра свою часть финансового обеспечения гонорара и расходов на проведение разбирательства, последние, до прекращения разбирательства на этом основании, вправе запросить другую сторону о ее готовности предоставить эту часть* (п. 2 ст. 21 ЗТР 2003).

4. *Отмена привилегированного положения адвокатов* в отношении статуса арбитра, а именно при отсутствии соглашения об обратном в

разбирательствах на основании норм законодательства с участием единоличного арбитра, этот арбитр должен иметь статус юриста (ст. 15 ЗТР 2003). В редакции ЗТР 2003 данное требование следовало курсу предыдущих законов 1988 и 1953 г., отражавшему традиционный подход испанского права (отличавшийся от подхода зарубежных правопорядков [Bachmaier Winter 2005:144]), требовавший от арбитра во внутренних третейских разбирательствах наличия статуса действующего адвоката, пусть и смягченный правом сторон оговорить обратное. Эта привилегия адвокатов вызвала последовательную критику доктрины [Mantilla-Serrano 2005:250], так как тем самым исключались прочие юридические специальности, причем как в случае единоличного, так и коллегиального составов третейского суда. Справедливости ради стоит отметить, что данное требование не распространялось на МКА. Новая норма направлена на допуск всех юридических специальностей как к единоличным, так и к коллегиальным составам третейского суда, как во внутренних, так и в международных разбирательствах с одновременным сохранением права сторон отказаться от указанного квалификационного требования. Законодатель не раскрывает содержания понятия «юрист», но оно легко устанавливается из смысла и содержания положений ст. 3 Королевского Декрета 775/2011⁹, который одобряет Регламент Закона 34/2006 от 30 октября 2006 г. о доступе к профессиям судебного адвоката и прокурора, и включает лиц, обладающих университетской степенью в юриспруденции [Perales Viscasillas 2011:685].

3. Теоретическое становление концепции постоянно действующего арбитражного учреждения. Правовая природа и квалификация договора администрирования третейского разбирательства. Функции ПДАУ

Как указано выше, особенностью формирования современного третейского законодательства Испании стало заимствование норм иностранного права, что по крайней мере на начальном этапе привело к некоторому отставанию доктринальных исследований и правоприменительной практики от инициатив законодателя. Вместе

⁹ Real Decreto No. 775/2011 de 03.06.2011, BOE, 16–VI–11. – *СПС BOE*. URL: www.boe.es (accessed date: 11.02.2023).

с тем именно «стартовая» реформа 1988 г. дала необходимый импульс для полномасштабных теоретических исследований, в том числе концепции постоянно действующего арбитражного учреждения.

3.1. Определение администрируемого третейского разбирательства

Одним из наиболее полных определений администрируемого третейского разбирательства можно считать следующее: это процесс разбирательства, обеспечиваемый специализированным учреждением постоянного характера, которому стороны, руководствуясь принципом автономии воли, вверяют осуществление ряда связанных с разбирательством функций, предусмотренных нормами самого учреждения, которые сводятся к предоставлению средств, необходимых для проведения указанного процесса [Fernández Rozas José Carlos 2008:72]. Указанные функции не включают – и это суть данного метода разрешения споров – решение спора, которое является исключительной функцией третейского судьи (судей). Постоянно действующие арбитражные учреждения не могут действовать в качестве судьи, но ограничиваются предоставлением механизмов и средств, необходимых для проведения арбитрами разбирательства и для принятия ими решения. Отмечается [Fernández Rozas José Carlos 2008:79], что ПДАУ должно отвечать минимум двум требованиям:

- 1) наличие установленной законом организационно-правовой формы – общественного объединения или некоммерческой организации – с прямым и ясным указанием в учредительных документах на осуществление деятельности по обеспечению третейских разбирательств;
- 2) наличие регламента, определяющего содержание и постоянный характер указанной деятельности, положения которого соответствуют требованиям закона о третейском разбирательстве.

3.2. Природа и структура правоотношений в администрируемом третейском разбирательстве

Администрируемое третейское разбирательство включает в себя три группы правоотношений: арбитражное соглашение сторон, договор администрирования третейского разбирательства (регулирующий правоотношения стороны – третейского суда – ПДАУ) и процессуальный регламент (регулирующий правоотношения,

возникающие непосредственно в ходе третейского процесса вплоть до принятия арбитражного решения) [Gordon Faustino 1995:25]. При этом имеет место их иерархическая организация: арбитражное соглашение выступает в роли основного правоотношения, а два других – в роли производных. Вследствие этого недействительность первого автоматически влечет недействительность последних. И, наоборот, недействительность последних не влечет недействительности первого [Roca Martínez, José María 1992:82].

Арбитражное соглашение сторон представляет собой договорное правоотношение, при котором одно или несколько лиц принимают на себя обязательство оказать услуги другому лицу или лицам (в смысле положений ст. 1254 ГКИ). Соответственно, основными элементами этого договора являются согласие сторон и законный предмет договора (ст. 1261 ГКИ). Законным является любая вещь, не исключенная из торгового оборота (ст. 1271 ГКИ). Соответственно, законным предметом арбитражного соглашения является спор по поводу права, находящегося в свободном законном распоряжении лица (ст. 2.1 ЗТР) [Cremades Bernardo 2011:662].

При этом особо подчеркивается, что арбитр (третейский судья) не является представителем назначившей его стороны, тем более ее посредником. Положение, которое он занимает в испанском правопорядке, «не может приравниваться к положению обычного гражданина. Говоря словами Конституционного Суда, арбитр, разрешающий спор посредством арбитражного решения, принимаемого на основании норм законодательства (т. е. не на основании принципов разумности и справедливости (*ex bono et equo*)). – О.М.), осуществляет юрисдикционное правомочие, обеспечивая сторонам достижение тех же целей, что и в процессе гражданского судопроизводства» [Garberí Llobregat 2004:295].

Договор администрирования третейского разбирательства имеет смешанную правовую природу. Согласно ст. 14 ЗТР 2003, стороны вправе поручить ПДАУ исполнение двух видов действий: администрирование разбирательства и назначение арбитров.

Администрирование представляет собой деятельность материального характера (канцелярия, связь, предоставление процессуального регламента и т. п.). Указанные действия укладываются в рамки гражданско-правового договора об оказании услуг (в смысле положений ст. 1544 ГКИ), согласно которому арбитражное

учреждение обязывается произвести оговоренные действия материального характера, а также действия по обеспечению правоотношения между арбитрами и сторонами, которое в свою очередь является непоименованной в ГКИ разновидностью договора подряда (в смысле положений ст. 1588 ГКИ).

Назначение арбитра полностью укладывается в гражданско-правовой договор поручения (в смысле положений ст. 1709 ГКИ) как в силу характерной трехсторонней структуры правоотношения (стороны – ПДАУ – арбитр), так и в силу наличия характерного замещения доверителя поверенным (ПДАУ действует от имени сторон и в назначении арбитра, и в акцепте принятия последним этих обязанностей).

Таким образом, ПДАУ не является ни стороной договора администрирования третейского разбирательства, ни договора о назначении арбитра (каковыми, соответственно, являются стороны и арбитр), а выступает в ходе их исполнения в качестве поверенного сторон и за их счет (включая выплату арбитру гонорара), хотя и действует при этом от собственного имени. Соответственно, договорные правоотношения между ПДАУ и арбитром отсутствуют.

Однако исключительным своеобразием правового регулирования данного вопроса в Испании является признание наличия между ПДАУ и арбитром внедоговорного правоотношения *sui generis* по обеспечению надлежащего проведения разбирательства в отношении сторон спора. Это правоотношение *ex lege* (п. 3 ст. 14 и п. 1 ст. 21 ЗТР 2003), и оно имеет двойственную природу: поручительства (частноправовая) и надзора (публично-правовая).

Исходя из вышеуказанного, в праве Испании договор администрирования третейского разбирательства регулирует три правоотношения:

- 1) правоотношение смешанного типа, включающее элементы договоров оказания услуг и поручения, в котором арбитражное учреждение обязуется перед сторонами спора обеспечить проведение разбирательства и назначить арбитра за денежное вознаграждение в размере, установленном преискурантом учреждения;
- 2) правоотношение с элементами договора подряда между сторонами спора и арбитром, возникающее в момент извещения последним

поверенного сторон (т. е. ПДАУ) о принятии им обязанностей арбитра в данном споре;

3) правоотношение *sui generis* внедоговорного типа между ПДАУ и назначенным им арбитром, в котором первое выступает в роли «гаранта» корректности их действий и «контролера», на дисциплинарном уровне, за качеством их предоставления сторонам (в виде арбитражного решения).

Соответственно, неисполнение или ненадлежащее исполнение договора администрирования третейского разбирательства может влечь за собой не только договорную (в смысле положений ст. 1101 ГКИ), но и внедоговорную (в смысле положений ст. 1902 ГКИ) ответственность ПДАУ [Garberí Llobregat 2004:415].

3.3. Функции ПДАУ

Исходя из регулируемых договором администрирования правоотношений, можно выделить следующие функции ПДАУ:

- 1) материальное обеспечение третейского разбирательства;
- 2) назначение арбитров;
- 3) финансовое гарантирование гражданской ответственности учреждения и арбитров с обязательным страхованием гражданской ответственности своей деятельности или оформлением соответствующей финансовой гарантии;
- 4) надзор за соблюдением требований законодательства к статусу арбитра, к прозрачности его назначения и его независимости.

Кроме того, некоторые авторы указывают на интересный правовой феномен, имеющий место в родственных испанскому правопорядках Латинской Америки [Fernández Rozas José Carlos 2008:79]. Так, Определение Конституционной коллегии Верховного Суда от 14 февраля 2006 г. Венесуэлы¹⁰ и целый ряд судебных решений в Бразилии [Gumaraes Pereira 2007:43] свидетельствуют о появлении новой функции третейских учреждений – участия в государственном судебном процессе в качестве *amicus curiae*. Примечательно, что этот процессуальный инструмент, свойственный общему праву, находит применение в правопорядках континентального права, которое традиционно относится к таким заимствованиям весьма настороженно. Несомненно, это превосходная возможность для ПДАУ путем

¹⁰ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 14 de febrero de 2006. Vid. las observaciones de A. de Jesús O, Boletín del Comité Venezolano de Arbitraje, nº, 15, 2006.

представления письменных объяснений в судебное заседание способствовать государственному суду в более точной оценке доказательств и аргументов спорящих сторон.

4. Общая ситуация с институциональным арбитражем. Актуальные проблемы и тенденции

Именно введение в действие ЗТР 2003 положило начало практическому внедрению современного типа третейского разбирательства вообще и института постоянного третейского учреждения в частности в правовое пространство Испании. С 2003 г. началось расширение практики использования арбитражной оговорки в коммерческих договорах и, соответственно, увеличение числа третейских разбирательств на их основании. Этот положительный сдвиг стал возможным благодаря тому, что, с одной стороны, усилия законодателя поддерживаются многолетней стабильной политикой благоприятствования третейскому разбирательству, проводимой судебной властью. Деятельность Верховного и Конституционного судов в этом направлении рассматривалась выше. Кроме того, практически значимым проявлением этой политики стало принятие Пленумом Генерального Совета Судебной Власти Испании соглашения от 25 ноября 2010 г. об учреждении в Мадриде Суда Первой Инстанции № 101, специализирующегося на делах, касающихся исключительно арбитражных решений и третейских разбирательств [Iscar de Hoyos 2013:3].

С другой стороны, активную поддержку пропаганде третейского разбирательства среди деловых кругов и общественности оказывают такие общественные организации, как Испанский Клуб Арбитража, Мадрид (Club Espanol del Arbitraje) и Ассоциация по Содействию Арбитражу, Барселона (Associacio pel Foment de l'Arbitratge).

Также они ведут активную деятельность по продвижению Испании как места для проведения международных третейских разбирательств в Латинской Америке и в Средиземноморье.

К сожалению, объективной количественной оценке деятельности ПДАУ в Испании препятствует отсутствие официальной статистики.

Единственные данные были опубликованы Генеральным Советом Судебной Власти в ежегодном Бюллетене за 2009 г.¹¹ Они предоставлены Высшим советом торгово-промышленных палат и касаются лишь общего числа проведенных в стране в 2009г. третейских разбирательств (751) без разбивки по видам. Но даже такая ограниченная практика продолжения не имела. Однако по некоторым – весьма приблизительным – данным из иностранных источников¹² (которые трудно заподозрить в необъективности) в Испании действует около 50 ПДАУ, которые ежегодно проводят около 800 внутренних и международных разбирательств. Кроме того, в Испании действуют 83 региональные коллегии адвокатов, многие из которых учредили свои третейские суды, в которых помимо внутренних корпоративных споров могут разбираться также и споры коммерческого характера. Но, к сожалению, такой вид их деятельности находится абсолютно вне поля зрения как официальной, так и неофициальной статистической оценки.

Третейские разбирательства в основном проводятся в сфере строительства, оптовой торговли, промышленной энергетики, в банковском секторе и в сфере корпоративного права. При этом большинство разбирательств рассматривается всего в четырех самых крупных и известных учреждениях. К ним относятся:

- 1) Испанский Арбитражный Суд (Corte Espanola de Arbitraje);
- 2) Арбитражный Трибунал Барселоны (Tribunal Arbitral de Barcelona);
- 3) Мадридский Арбитражный Суд (Corte de Arbitraje de Madrid);
- 4) Гражданский и Торговый Арбитражный Суд (Corte Civil y Mercantil de Arbitraje).

Оценивая текущую ситуацию с деятельностью третейских учреждений в Испании, следует отметить, что этот институт находится на стадии становления, и его дальнейшее развитие сталкивается с рядом характерных для такой стадии трудностей. В целом, доктрина выделяет три основные проблемы объективного характера.

Во-первых, слабые традиции применения. Ряд авторов отмечает, что испанское общество впервые осознало само существование этого правового института как альтернативы

¹¹ Consejo General del Poder Judicial, la Justicia Dato a Dato. URL: www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Analisis-estadistico/La-Justicia-dato-a-dato/La-justicia-dato-a-dato---ano-2009 (accessed date: 11.01.2022).

¹² URL: www.uk.practicallaw.com/2-523-1645?source=relatedcontent Resource ID: 2-523-1645 (accessed date: 11.01.2022).

судебному способу разрешения споров лишь после реформы 2003 г. Таким образом, этот способ пока еще неизвестен большинству участников имущественного оборота, кроме узкой группы профессионалов, что на данном этапе неизбежно влечет общее недоверие и скептицизм, основанные на привычной уверенности в том, что государственное судопроизводство предоставляет больше гарантий защиты гражданских прав. Так что не стоит удивляться тому, что, в отличие от развитых «арбитражных» правовых порядков (включая Россию), конфиденциальный характер третейского разбирательства воспринимается как негативный фактор, так как не допускает, по мнению среднестатистического участника имущественного оборота, формирование общедоступных источников данных, где он мог бы ознакомиться с едиными критериями регулирования интересующего его специфического вопроса. Это, по мнению такого участника, ставит под сомнение принцип правовой определенности, гарантируемый государственным судопроизводством. И точно так же отсутствие в третейском разбирательстве процессуального инструмента обжалования арбитражного решения по существу (апелляции) воспринимается негативно [Llamas Bao 2013:12].

Во-вторых, недостаточно высокий профессиональный уровень арбитров и сотрудников ПДАУ. Эта проблема непосредственно вытекает из предыдущей. Настороженное отношение участников имущественного оборота к третейскому способу разрешения споров как таковому автоматически влечет за собой крайне ограниченное число третейских разбирательств (как показано выше, около 800 в год). А принимая во внимание абсолютное доминирование в администрировании разбирательств указанных выше четырех ПДАУ, доктрина указывает на чрезмерность числа ПДАУ (как показано выше, около 50) при таком количестве разбирательств. Вызванная этим нехватка у большинства остальных третейских учреждений и арбитров элементарного практического опыта снижает их профессиональный уровень и в целом замедляет процесс укоренения культуры третейского разбирательства среди делового и юридического сообществ [Iscar de Noyes 2013:8].

В-третьих, недоверие к независимости и беспристрастности ПДАУ и арбитров. По мнению некоторых авторов – и с этим трудно не согла-

ситься – это самое серьезное препятствие на пути развития современной системы третейского разбирательства в Испании. Речь идет о весьма укорененном как среди делового сообщества, так и среди адвокатов взгляде, что назначаемый стороной арбитр является ее «адвокатом», призванным представлять ее интересы перед председательствующим арбитром. Типичным проявлением этого подхода на практике является то, что в Испании подавляющее большинство арбитражных решений, принимаемых коллегиальным составом по итогам арбитража *ad hoc*, не единогласны, а содержат особое мнение арбитра, назначенного проигравшей стороной.

Также этот подход крайне отрицательно сказывается и на практике назначения арбитров, так как в большинстве случаев стороны не в состоянии согласовать кандидатуру единоличного или – естественно – председательствующего арбитра, прибегая в итоге к длительному и затратному судебному порядку его назначения [Angell Jorge, Briosio Angel 2008:334].

Но главное, с учетом того, что большая часть арбитров в Испании до сих пор назначается из круга практикующих адвокатов, этот порочный подход негативно отражается также и на соблюдении принципов независимости, беспристрастности арбитра и его равного отношения к сторонам. С одной стороны, ожидания выгоды от продолжения сотрудничества с данной стороной спора в будущем уже в качестве клиента могут отразиться на независимости и беспристрастности адвоката в качестве арбитра в текущем третейском разбирательстве. С другой стороны, чем обширнее адвокатская практика, тем больше вероятность конфликта интересов, препятствующего принятию и исполнению данным лицом обязанностей арбитра в конкретном споре. Соответственно, некоторые авторы видят в качестве одного из путей решения этой проблемы формирование корпуса профессиональных арбитров, не имеющих отношения к адвокатской деятельности [Angell Jorge, Briosio Angel 2008:341].

К сожалению, этот подход сказывается и на деятельности некоторых ПДАУ, о чем свидетельствует весьма обширная правоприменительная практика. В качестве характерного примера серьезности данной проблемы стоит привести выдержки из определения Провинциального суда Мадрида от 31 марта 2005 г.¹³ по итогам рассмо-

¹³ AAPMadrid, seccion 14, No. 185/2005, Roj: AAPM3827/2005 – CLI:ES:APM:2005:3827A, Id Cendoj: 28079370142005200145.

тения апелляционной жалобы на решение суда первой инстанции об отказе в принудительном исполнении арбитражного решения, принятого в ходе третейского разбирательства, организованного постоянно действующим третейским учреждением. Примечательно, что указанное ПДАУ выступило (совместно с одной из сторон третейского разбирательства) в качестве соистца как в первой, так и в апелляционной инстанции.

Суд исходит из следующего:

1) суд не вправе осуществлять процессуальные функции стороны спора. Постоянно действующие арбитражные учреждения не вправе производить действия или поддерживать со сторонами отношения *de facto* или *de iure*, которые могут свидетельствовать о занятии позиции в пользу или против одной из сторон;

2) в соответствии с этим критерием практика Конституционного Суда проводит различие между понятиями «субъективная беспристрастность» (т. е. независимость в отношении сторон как субъектов спора) и «объективная беспристрастность» (т. е. независимость в отношении объекта спора), гарантирующая отсутствие у ПДАУ контактов с объектом спора до начала разбирательства;

3) несмотря на то что не все требования закона в отношении беспристрастности государственного разбирательства могут быть буквально применены к его эквиваленту – третейскому разбирательству, требование беспристрастности является основной характеристикой последнего. И беспристрастность должна требоваться от всех лиц, исполняющих третейские функции: как от арбитров, так и от третейского учреждения с тем, чтобы его деятельность по администрированию, контролю и материальному обеспечению третейского разбирательства не сочеталась с деятельностью по поддержке одной из сторон до возникновения спора. Что прямо следует из положений действующего ЗТР 2003.

Судом установлено следующее:

1) ПДАУ составляет договоры для предприятий данного сектора по их запросу;

2) это делается в виде договоров присоединения, обязывающих все стороны, без возможности ни обсудить, ни предложить иную модель договора и арбитражной оговорки;

3) ПДАУ позиционирует себя как единственный третейский орган, компетентный разрешать споры из данного договора, не допуская иных учреждений;

4) ПДАУ избирает и назначает арбитров без вмешательства сторон и исполняет арбитражное решение;

5) ПДАУ организует и разрешает с помощью своих арбитров споры из договоров, которые оно само и составило по запросу своих самых влиятельных клиентов;

6) рассмотрев в рамках исполнения своих юрисдикционных полномочий широкое число арбитражных решений, принятых по итогам разбирательств, организованных ПДАУ, суд установил, что в них в качестве арбитров задействованы одни и те же лица.

Судом сделаны следующие выводы:

1) отсутствие беспристрастности распространяется также и на самих арбитров, и тем самым данное арбитражное решение является ничтожным по основанию его противоречия публичному порядку;

2) в самом первом из арбитражных решений суд столкнулся с указанной выше проблемой и пришел к выводу, что очевидное отсутствие беспристрастности со стороны ПДАУ, помимо ничтожности арбитражного решения, повлекло прежде всего ничтожность самой арбитражной оговорки. Единственной проблемой является то, что ПДАУ *ipso iure* не имеет юрисдикционных полномочий, отнесенных законом к физическим лицам (арбитрам), и к нему не может применяться механизм отвода и критерии беспристрастности арбитра. Поэтому для устранения этого препятствия следует прибегать не к институту ничтожности арбитражного решения, а к институту ничтожности арбитражного соглашения на основании противоречия последнего основным гарантиям объективной беспристрастности ПДАУ.

Суд пришел к следующему заключению:

1) ПДАУ, к которому обратились стороны договора, не обладает объективной беспристрастностью в степени, достаточной для обеспечения указанного третейского разбирательства. Вследствие чего им нарушены минимальные гарантии принципа объективной беспристрастности;

2) соответственно, арбитражное решение ничтожно, так как противоречит публичному порядку и не подлежит принудительному исполнению.

В целом стоит отметить, что указанные проблемы институционального арбитража в Испании являются своего рода «болезнями роста».

И их преодоление, безусловно, потребует длительного времени и весьма значительных, целенаправленных и согласованных усилий законодателя, правоприменителя и третейского сообщества страны. Таким образом, Испании предстоит еще долгий путь, чтобы создать полноценную и эффективную систему институционального арбитража и тем самым, стать привлекательной юрисдикцией для разбирательств в рамках международного коммерческого арбитража.

4. Заключение

Постоянно действующее арбитражное учреждение в Испании не обладает юрисдикционными полномочиями и не является участником третейского разбирательства.

Создание ПДАУ допускается в форме или некоммерческой организации, или общественного объединения в порядке, установленном общими нормами гражданского законодательства.

Между ПДАУ и арбитром установлено внедоговорное правоотношение *sui generis*, в котором ПДАУ выступает в роли гаранта корректности действий арбитра в отношении сторон спора; установлена внедоговорная ответственность ПДАУ за действия арбитра, которой соответствует право стороны разбирательства на прямое требование от ПДАУ возмещения ущерба, причиненного действиями арбитра, независимо от наличия у ПДАУ права требования к послед-

нему; для ПДАУ и арбитра установлено обязательное страхование их гражданско-правовой ответственности.

Права, обязанности и договорная ответственность ПДАУ устанавливаются договором администрирования третейского разбирательства, который в свою очередь регулируется общими нормами гражданского законодательства, в том числе нормами о договорах поручения, оказания услуг и подряда.

Определение порядка деятельности ПДАУ оставлено на усмотрение его учредителя, при этом законодательные ограничения автономии воли учредителя относятся исключительно к соблюдению общих принципов законодательства о третейском разбирательстве.

Кроме того, в качестве практических рекомендаций стоит указать, что при согласовании условий арбитражного соглашения, предполагающего разрешение спора путем институционального арбитража на основании права Испании в качестве *lex arbitri*, российской стороне сделки следует принимать во внимание два постоянно действующих арбитражных учреждения: Испанский Арбитражный Суд (Corte Espanola de Arbitraje) и Арбитражный Трибунал Барселоны (Tribunal Arbitral de Barcelona). То же самое относится и к выбору компетентного органа при согласовании условий соглашения об арбитраже *ad hoc*.

Список литературы

1. Angell Jorge, Brioso Angel. 2008. El deber de independencia e imparcialidad de los arbitros en la Ley Espanola: evolucion y aspectos practicos, El arbitraje en el Peru y el mundo. – *Arbitraje comercial y arbitraje de inversion*. Ediciones Magna, Lima.
2. Bachmaier Winter L. 2005. "Artículo 15. Nombramiento de los árbitros", *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*. D. Arias Lozano, coord., Cizur Menor, Thomson/Aranzadi.
3. Cremades B.M. 1975. *Panorámica española del arbitraje comercial internacional*. Madrid.
4. Cremades B.M. 1979. "España ante el arbitraje comercial internacional", *Estudios sobre arbitraje comercial internacional*. Madrid, CECO.
5. Cremades B.M. 1983. *International Business Law*.
6. Cremades B.M. 2011. *Libro Convenio Arbitral*. Tomo 1. Madrid.
7. Fernández Rozas J.C. 1986. La situación actual de arbitraje comercial en España: perspectivas de futuro. – *Revista de la Corte Española de Arbitraje*. Vol. III.
8. Fernández Rozas J.C. 2008. Luces y sombras del arbitraje institucional en los litigios transnacionales. – *Revista de la Corte Española de Arbitraje*. Vol. XXIII.
9. Garberí Llobregat J. 2004. *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*.
10. González Campos J.D. 1977. *Comentarios a las reformas del Código Civil*. Vol. I. Madrid, Tecnos.
11. Gordon Faustino. 1995. *El arbitraje en el Derecho español: interno y internacional*. Aranzadi Editorial.
12. Guimarães Pereira C.A. 2007. "A participação das Câmaras de Arbitragem como amicus curiae em Processos do Tribunal de Contas da União Relativos a Processos Arbitrais". – *Revista Brasileira de Arbitragem*. No. 12.
13. Iscar de Hoyos J. 2013. El arbitraje institucional, *Revista Juridica de Castilla y Leon*. N. 29. – *Monografico. Arbitraje y Mediacion. Problemas Actuales, Retos y Oportunidades*. Enero. ISSN 2254-3805.
14. Llamas Bao C. 2013. El arbitraje de consumo. Incidencia en la actividad empresarial. – *Revista internacional de estudios de derecho procesal y arbitraje*. No. 3.
15. Mantilla-Serrano F. 2005. *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*. Madrid, Iustel.
16. Perales Viscasillas P. 2011. La Reforma de la Ley de Arbitraje (Ley 11/2011, de 20 de mayo). – *Arbitraje*. Vol. IV. No. 3.
17. Remiro Brotóns A. 1980. *Ejecución de sentencias arbitrales extranjerías*. Madrid, Edersa.

18. Roca Martínez, José María. 1992. *Arbitraje e Instituciones Arbitrales*. Barcelona: J.M. Bosch Editor.

References

1. Angell Jorge, Brioso Angel. El deber de independencia e imparcialidad de los arbitros en la Ley Espanola: evolucion y aspectos practicos, El arbitraje en el Peru y el mundo. – *Arbitraje comercial y arbitraje de inversion*. Ediciones Magna, Lima. 2008.
2. Bachmaier Winter L. "Artículo 15. Nombramiento de los árbitros", *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*. D. Arias Lozano, coord., Cizur Menor, Thomson/Aranzadi. 2005.
3. Cremades B.M. *Panorámica española del arbitraje comercial internacional*. Madrid. 1975.
4. Cremades B.M. "España ante el arbitraje comercial internacional", *Estudios sobre arbitraje comercial internacional*. Madrid, CECO. 1979.
5. Cremades B.M. *International Business Law*. 1983.
6. Cremades B.M. *Libro Convenio Arbitral*. Tomo 1. Madrid. 2011.
7. Fernández Rozas J.C. La situación actual de arbitraje comercial en España: perspectivas de futuro. – *Revista de la Corte Española de Arbitraje*. 1986. Vol. III.
8. Fernández Rozas J.C. Luces y sombras del arbitraje institucional en los litigios transnacionales. – *Revista de la Corte Española de Arbitraje*. 2008. Vol. XXIII.

9. Garberí Llobregat J. *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*. 2004.
10. González Campos J.D. *Comentarios a las reformas del Código Civil*. Vol. I. Madrid, Tecnos. 1977.
11. Gordon Faustino. *El arbitraje en el Derecho español: interno y internacional*. Aranzadi Editorial. 1995.
12. Guimarães Pereira C.A. "A participação das Câmaras de Arbitragem como amicus curiae em Processos do Tribunal de Contas da União Relativos a Processos Arbitrais". – *Revista Brasileira de Arbitragem*. 2007. No. 12.
13. Iscar de Hoyos J. El arbitraje institucional, *Revista Jurídica de Castilla y Leon*. N. 29. – *Monografico. Arbitraje y Mediacion. Problemas Actuales, Retos y Oportunidades*. Enero. 2013. ISSN 2254-3805.
14. Llamas Bao C. El arbitraje de consumo. Incidencia en la actividad empresarial. – *Revista internacional de estudios de derecho procesal y arbitraje*. 2013. No. 3.
15. Mantilla-Serrano F. *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*. Madrid, Iustel. 2005.
16. Perales Viscasillas P. La Reforma de la Ley de Arbitraje (Ley 11/2011, de 20 de mayo). – *Arbitraje*. 2011. Vol. IV. No. 3.
17. Remiro Brotons A. *Ejecución de sentencias arbitrales extranjerías*. Madrid, Edersa. 1980.
18. Roca Martínez, José María. *Arbitraje e Instituciones Arbitrales*. Barcelona: J.M. Bosch Editor. 1992.

Информация об авторе

Олег Анатольевич МАЛОВ,

преподаватель, кафедра международного частного и гражданского права, Московский государственный институт международных отношений (университет) Министерства иностранных дел Российской Федерации

Вернадского пр-т, д. 76, Москва, 119454, Российская Федерация

o.malov@inno.mgimo.ru
ORCID: 0000-0003-0726-9574

About the Author

Oleg A. MALOV,

Lecturer, Department of International Private & Civil Law, Moscow State Institute of International Relations (University) of the Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation

76, Vernadskogo Ave., Moscow, Russian Federation, 119454

o.malov@inno.mgimo.ru
ORCID: 0000-0003-0726-9574