



Роман Михайлович Ходькин

партнер международной юридической фирмы
Berwin Leighton Paisner LLP (Лондон),
кандидат юридических наук

В настоящее время институт арбитражных заседателей малоэффективен, а потому невостребован. Автор предлагает существенно изменить правовое регулирование этого института, руководствуясь так называемой моделью беспристрастных специалистов.

Ключевые слова: арбитражные заседатели, состав суда, народный суд

Арбитражные заседатели: признак зрелости общества или чужеродный элемент в российском арбитражном процессе?

Эксперимент по введению института арбитражных заседателей в процессуальное законодательство был начат в 1995 г.¹ С тех пор этот институт постоянно подвергается критике со стороны либо судейского корпуса, либо участников процесса. В результате регулирующие его нормы несколько раз кардинально менялись, но, что бы ни делалось, улучшения не происходит и этот институт все еще не находит себе достойного места. Нынешняя редакция ст. 19 (в ред. Федерального закона от 27.07.2010 № 228-ФЗ) Арбитражного процессуального кодекса РФ (далее — АПК РФ) и вовсе сделала его неработающим.

Представляется, что проблема института арбитражных заседателей состоит в том, что он является не совсем удачной конвергенцией различных моделей привлечения граждан к отправлению правосудия, в связи с чем страдает от системных пороков.

¹ См. Федеральный закон от 05.05.1995 № 71-ФЗ «О введении в действие Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации».

Идея привлечения граждан к отправлению правосудия

Привлечение граждан к отправлению правосудия известно не одно столетие и существовало в разных формах, даже таких, как отправление правосудия всей совокупностью свободных граждан (что было характерно для эпохи народовластия)². Наиболее известными формами народного суда являются суд присяжных и мировые судьи (которые исторически были именно представителями общества, а не членами судейского корпуса). Хотя некоторые исследователи указывают на существование ранних форм суда присяжных еще в Древней Греции и Древнем Риме или у скандинавских народов, большинство авторов датируют первый суд присяжных 1066 г. и связывают создание коллегий присяжных с инициативой Вильгельма Завоевателя. В настоящее время суд присяжных в гражданских делах остался только в США в соответствии с Седьмой поправкой к Конституции³. В Англии суд присяжных используется в гражданских делах лишь в отношении некоторых деликтных исков — о клевете, недобросовестном судебном преследовании и незаконном лишении свободы⁴. Что касается института мировых судей, он возник в 1195 г. в Англии, когда король Ричард I (Львиное Сердце) наделил некоторых рыцарей правом «поддерживать мир» на беспокойных территориях. До сих пор во многих странах, относящихся к семье общего права, мировые судьи (*justices of the peace, magistrates*) являются непрофессиональными судьями, выбираемыми из числа местных граждан. В то же время некоторые правовые системы, например Гонконга, отошли от этой традиции и так же, как и в России, относят эту категорию правоприменителей к профессиональным судьям⁵.

В дореволюционной литературе суды разделялись на коронный, состоявший из профессиональных судей, государственной властью наделенных своими полномочиями, и народный, в котором к процессу привлекались граждане⁶.

Модели привлечения непрофессиональных судей к отправлению правосудия по коммерческим спорам

Применительно к предпринимательским спорам также существуют различные модели привлечения непрофессиональных судей к отправлению правосудия. Все они появились как логическое продолжение суда присяжных. Как писал И.Я. Фойницкий, «уже во Франции первоначально предполагалось ввести не присяжных заседателей, а судебных заседателей, выборных из народа, которые должны были составлять с коронным составом суда одну нераздельную коллегия, учреждаемую

² См.: Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. 4-е изд. Т. 1. СПб., 1912. С. 129–130.

³ *Civil Procedure. Doctrine, Practice, and Context / Stephen N. Subrin ... [et al.]. 2nd ed. New York, 2004. P. 389–390.*

⁴ Эндрюс Н. Система гражданского процесса Англии: судебное разбирательство, медиация и арбитраж / пер. с англ.; под ред. Р.М. Ходыкина. М., 2012. С. 6.

⁵ URL: http://en.wikipedia.org/wiki/Justice_of_the_peace.

⁶ Подробнее об этом см.: Фойницкий И.Я. Указ. соч. С. 125.

на известный период времени для рассмотрения целого ряда дел»⁷. Институт шаффенов в Германии также появился как альтернатива суду присяжных, но окончательно он был введен «не в подрыв суда присяжных, а во имя начала новейшего государственного права, которым признается необходимость возможно более широкого участия народного элемента в публичной деятельности»⁸.

Есть различные формы привлечения непрофессиональных судей к рассмотрению предпринимательских споров в гражданском процессе (в данном случае не имеется в виду арбитраж или третейское разбирательство).

В Германии коммерческие споры могут рассматриваться в коллегиальном составе одним профессиональным и двумя непрофессиональными судьями, которые в настоящее время именуется *Handelsrichter*, что дословно можно перевести как «торговый судья». Введение непрофессиональных судей для рассмотрения торговых споров в Германии преследовало сразу несколько целей, в частности привлечение лиц, обладающих специальными познаниями, и повышение доверия к судам со стороны предпринимателей⁹. Процедура рассмотрения торговых споров с участием торговых судей регулируется статьями 105–110 Закона о судостроительстве (*Gerichtsverfassungsgesetz*). Кандидатуры таких непрофессиональных судей предлагаются Торгово-промышленной палатой и назначаются Министерством юстиции соответствующей земли, причем это министерство связано предложенными кандидатурами и не может отказать в их назначении либо назначить другие кандидатуры¹⁰. Торговым судьей может быть назначено лицо, зарегистрированное в торговом реестре (*Handelsregister*) или кооперативном реестре (*Genossenschaftsregister*) в качестве коммерсанта (*Kaufmann*), члена совета директоров (*Vorstandsmitglied*) или исполнительного директора юридического лица (*Geschäftsführer*) либо в качестве уполномоченного представителя юридического лица (ст. 109 Закона о судостроительстве). Образовательный ценз для торговых судей не установлен, но обязательным условием является наличие специальных познаний и опыта в определенной области или торговле¹¹. Торговые судьи назначаются на пятилетний срок, а не для разрешения какого-либо конкретного дела (ст. 108 Закона о судостроительстве). Дело рассматривается коллегией из двух торговых судей под председательством профессионального судьи. При рассмотрении спора торговые судьи имеют такие же права, что и судья, и могут голосовать при принятии решения.

В английском процессе, в соответствии с правилом 35.13 Правил гражданского судопроизводства (*Civil Procedure Rules*) один или несколько заседателей (*assessors*) могут привлекаться по инициативе суда, при этом заседатель должен обладать специальными познаниями в той или иной области. Инструкция к Правилам гражданского судопроизводства (35.15.1) гласит, что суд может привлечь несколько заседателей,

⁷ Фойницкий И.Я. Указ. соч. С. 141.

⁸ Там же. С. 140–144.

⁹ Hoffmann-Holland K., Putzer M. *From Common Sense to Special Knowledge? The Role of Lay Judges in Germany*. URL: <http://www.droit.ens.fr/IMG/pdf/HoffmannHollandPutzerLayJudgesGermany-1.pdf>.

¹⁰ Von Ulf Berger-Delhey, Bonn. *Der Handelsrichter und sein Amt // Deutsche Richter-Zeitung*. 1989. Juli. P. 250.

¹¹ *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung / Auflage 2008, § 109*.

когда дело требует познаний в различных областях. В основном заседатели участвуют в делах о столкновениях на море, в некоторых патентных спорах и иногда в апелляциях по техническим моментам или вопросам, связанным с расходами. Задача заседателя состоит в том, чтобы проконсультировать судью в отношении спорных вопросов факта, расширить круг вопросов, которые может учесть судья¹². При этом, в отличие, например, от немецкой модели, заседатель не обладает правом голоса при принятии решения, его консультация приобщается к материалам дела в письменном виде и раскрывается сторонам. Профессор Н. Эндрюс отмечает: «Было бы неправильно, если бы, после того как стороны высказали свое мнение, заседатели удалились вместе с судьей для выработки последующих замечаний. Это бы нарушило право сторон возражать по всем существенным вопросам и мнениям»¹³. Хотя заседатель в английском процессе и не обладает правами судьи, считается, что он все равно выполняет определенную судебную функцию, а не является экспертом, поэтому заседатель не может быть подвергнут перекрестному допросу¹⁴.

Процедура назначения заседателя детально описана в Инструкции к Правилам гражданского судопроизводства (35.15.2) и предусматривает, что, если суд хочет привлечь заседателя, он должен не менее чем за 21 день до назначения уведомить стороны в письменном виде о кандидатуре заседателя, о вопросе, по которому суд намеревается его привлечь, а также о его квалификации. Стороны вправе направить возражения в письменном виде не позднее чем за семь дней до назначения. Далее суд с учетом возражений принимает решение о привлечении или непривлечении конкретного заседателя. При назначении заседателя суд принимает во внимание целесообразность его привлечения. В деле *Balcombe Group Plc. v. London Development Agency*¹⁵ суд отказался назначать заседателя для помощи в оценке стоимости земельного участка, выкупаемого для Олимпийских игр 2012 г., поскольку это увеличило бы судебные расходы в относительно небольшом деле, а кроме того, судья счел, что он сам сможет принять решение, если положения Компенсационного кодекса будут разъяснены ему сторонами.

Торговые суды во Франции (*les tribunaux de commerce*) состоят целиком из коммерсантов, исполняющих обязанности судей на добровольной (общественной) основе¹⁶, которые в соответствии со ст. L.722-6 Коммерческого кодекса Франции избираются на двухлетний срок (в случае первого избрания) или на четыре года (при повторном избрании) коллегией выборщиков, включающей членов торговых судов и торгово-промышленных палат. Выбираться могут лица, имеющие стаж работы в качестве коммерсантов не менее пяти лет или состоящие в реестре коммерсантов и товариществ не менее пяти лет (ст. L.723-4 Коммерческого кодекса Франции)¹⁷. Первые коммерческие суды во Франции появились еще в XVI в. и

¹² См.: Эндрюс Н. Указ. соч. С. 166–167.

¹³ Там же. С. 167.

¹⁴ Инструкция к Правилам гражданского судопроизводства (35.15.4).

¹⁵ [2008] EWHC 1392 (TCC).

¹⁶ Официальный сайт Министерства юстиции и свобод Франции. URL: <http://www.justice.gouv.fr/organisation-de-la-justice-10031/lordre-judiciaire-10033/tribunal-de-commerce-12031.html>.

¹⁷ Елисеев Н.Г. Гражданское процессуальное право зарубежных стран. 2-е изд. М., 2004. С. 98.

успешно существуют до сих пор, хотя в настоящее время коммерческие суды упрекают в недостаточной компетентности в области права и в вынесении неправосудных решений¹⁸.

Привлечение представителей предпринимательских кругов к рассмотрению коммерческих споров имело место еще в дореволюционной России. Коммерческие суды отличались от других судов смешанным составом судей, а именно: часть судей назначалась правительством, а часть выбиралась купечеством из своей среды. Судьи от купечества избирались купеческими обществами из местных и иногородних купцов первой гильдии, а при недостатке купцов первой гильдии — из купцов второй гильдии (но не более половины членов), в столицах на три года, а в Одессе — на два года; также избирались кандидаты к ним для замещения их в случае болезни или отлучки¹⁹.

Представляется, что модель привлечения граждан к судебной деятельности во многом зависит от того, какие цели преследует законодатель. Эти цели условно можно разделить на две большие группы.

Первая — обеспечение независимого и беспристрастного рассмотрения спора, повышения транспарентности и доверия к суду со стороны общества. Например, необходимость привлечения присяжных заседателей к рассмотрению гражданских дел в США объясняется тем, что, помимо цели независимого, честного и правильного разрешения спора, это нужно для борьбы с судебским произволом и воспитания правосознания граждан²⁰. Для достижения этой цели требуется создать такую модель, при которой заседатели будут выбираться сторонами или предлагаться органами, которым стороны доверяют. Очевидно, что это не должны быть органы судебного сообщества (ибо целью этой модели и является обеспечить независимость от суда), но могут быть объединения граждан (как это было с народными заседателями в советском гражданском процессе) или предпринимателей (как это имеет место в Германии). При этом специальные познания таких заседателей играют меньшую роль, в данном случае основная задача заседателей состоит в независимом и беспристрастном рассмотрении спора. Далее также условно будем это именовать моделью беспристрастного суда.

Вторая — привлечение к разрешению спора лиц, обладающих специальными познаниями, которыми судья не обладает или обладает в меньшей степени. В данном случае задачей процессуального закона является обеспечение привлечения специалистов по рассматриваемому вопросу. Именно эти цели основополагающие в английском и германском процессе (см. выше). В этой модели арбитражный заседатель не становится экспертом; если для рассмотрения дела требуются доказательства в форме экспертных заключений, то экспертиза все равно должна

¹⁸ Доклад № 1038, подготовленный Комиссией Национального собрания Французской Республики по исследованию деятельности и функционирования коммерческих судов, опубликованный в журнале *L'Officiel* 03.07.1998 (председатель Комиссии — Франсуа Колкомбе, докладчик — Арно Монтебур). Размещен на официальном сайте Национального собрания Французской Республики. URL: <http://www.assemblee-nationale.fr/11/dossiers/tribunaux-de-commerce/rap1p1.asp>.

¹⁹ Васьковский Е.В. *Учебник гражданского процесса / под ред. и с предисл. В.А. Томсинова. М., 2003. С. 431.*

²⁰ *Civil Procedure. Doctrine, Practice, and Context. P. 377.*

назначаться в обычном порядке — заседатель лишь помогает судье понять, какие вопросы нужно поставить на разрешение эксперта, и правильно их сформулировать, а также помогает в толковании заключения эксперта и его оценке в совокупности с другими доказательствами. Вопрос доверия сторон к таким заседателям отходит на второй план. Этот подход будем также именовать моделью специалистов.

Привлечение народных судей не обязательно должно преследовать только одну из названных целей; вполне возможны ситуации, когда законодатель стремится к достижению сразу обеих целей и пытается обеспечить участие в рассмотрении дела независимых и беспристрастных специалистов. Возможны также ситуации, когда одна из названных целей является основной, а другая — второстепенной. Например, привлечение присяжных заседателей имеет основной задачей обеспечение рассмотрения дела независимым и беспристрастным судом, но в то же время привлечение лиц из близкой социальной среды помогает избежать судебных ошибок в случаях, когда судья не может сопоставить обстоятельства дела со своим собственным опытом и принять правильное решение о том, насколько участвующие в деле лица имели практическую возможность повести себя иначе в рассматриваемой ситуации.

Полномочия народных судей в разных моделях также могут отличаться. Например, присяжные заседатели по уголовным делам по общему правилу рассматривают и принимают решение только по вопросам факта, но не права²¹. Судебные заседатели в Англии лишь консультируют судью по вопросам, входящим в их область знаний, но не обладают правами судьи, в том числе правом голоса при принятии решения²². В некоторых правопорядках народные судьи разрешают не только вопросы факта, но и вопросы права и обладают равными правами с профессиональными судьями при принятии решения. Такими правами обладали народные заседатели в советском гражданском процессе²³, равно как ими обладают и современные арбитражные заседатели²⁴.

Необходимо разобраться, какие цели преследует институт арбитражных заседателей, предусмотренный АПК РФ. Мнения в литературе об этом разделились. Многие авторы полагают, что арбитражный заседатель должен обладать специальными познаниями и именно в этом качестве привлекается к рассмотрению дел²⁵. Дру-

²¹ См. ст. 334 Уголовно-процессуального кодекса РФ.

²² См.: Эндрюс Н. Указ. соч. С. 166–167.

²³ Обзор литературы о народных заседателях см.: Малешин Д.Я. Гражданская процессуальная система России. М., 2011. С. 164.

²⁴ Пункт 4 статьи 1 Федерального закона от 30.05.2001 № 70-ФЗ «Об арбитражных заседателях арбитражных судов субъектов Российской Федерации»; ч. 6 ст. 19 АПК РФ.

²⁵ Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу РФ (постатейный) / под ред. В.В. Яркова. 3-е изд., перераб. и доп. М., 2011. С. 54 (автор комментария — М.Г. Митина); Ильинская Н.Г. Развитие конституционных форм участия граждан в осуществлении правосудия // Современное право. 2006. № 7; Интервью с Баталовой Людмилой Александровной, заместителем председателя Арбитражного суда Санкт-Петербурга и Ленинградской области: «Арбитражный суд — символ государственного принуждения или государственный посредник?» от 01.12.2003. URL: <http://www.kadis.ru/daily/?id=25615>; Злобина Е.А. Комментарий к Федеральному закону от 30 мая 2001 г. № 70-ФЗ «Об арбитражных заседателях арбитражных судов субъектов Российской Федерации» // СПС КонсультантПлюс; Нечаева К. Судебная зависимость. URL: <http://www.arbitr.ru/press-centr/smi/18709.html>.

гие указывают на то, что целью введения этого института в процессуальный закон было повышение доверия к суду и обеспечение разрешения спора независимым и беспристрастным судом²⁶.

Целесообразно начать исследование этого вопроса с истории введения института арбитражных заседателей в отечественный процессуальный закон.

Начало этому институту положила Рекомендация Президента РФ арбитражным судам о «привлечении к рассмотрению отдельных категорий дел в суде первой инстанции представителей предпринимательских кругов», сделанная в 1993 г.²⁷ Из Рекомендации вряд ли можно сделать однозначный вывод, какую модель предлагалось ввести: приведенные слова Президента РФ могут свидетельствовать как о желании повысить доверие к суду со стороны предпринимательских кругов, так и о необходимости привлечения лиц, обладающих специальными познаниями в сфере предпринимательской деятельности.

Первоначально предполагалось, что в число арбитражных заседателей будут входить не профессиональные юристы, а только эксперты в определенной области предпринимательской деятельности²⁸, хотя впоследствии от этой идеи пришлось отказаться.

Намерение построить институт арбитражных заседателей по модели специалистов подтверждается и историей введения института арбитражных заседателей в отечественное процессуальное право. Статья 8 Федерального закона от 05.05.1995 № 71-ФЗ «О введении в действие Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации», которой был начат эксперимент по рассмотрению дел с привлечением арбитражных заседателей, прямо предусмотрела: «...арбитражными заседателями могут быть лица, *обладающие специальными знаниями* (выделено нами. — *Р.Х.*) и опытом работы в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности».

Пунктом 3 Положения об эксперименте по рассмотрению дел с привлечением арбитражных заседателей (утв. постановлением Пленума ВАС РФ от 05.09.1996 № 10; далее — Положение) предусматривалось: «Арбитражные заседатели привлекаются к рассмотрению дел в случаях необходимости применения при рассмотрении конкретных дел *специальных знаний* в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности».

Модели специалистов соответствовала и процедура привлечения арбитражных заседателей: согласно п. 9 Положения сторонам предоставлялось право предла-

²⁶ См., напр.: Ляднова Э.В. Деятельность арбитражных заседателей как способ обеспечения публичности арбитражного судопроизводства // Государственная власть и местное самоуправление. 2010. № 9 (цит. по: СПС КонсультантПлюс); Новак Д., Рацевский Е. Привлечение арбитражных заседателей как безусловное право стороны в процессе // Корпоративный юрист. 2005. № 4 (цит. по: СПС КонсультантПлюс).

²⁷ Распоряжение Президента РФ от 21.12.1993 № 775-рп «О совершенствовании организации и деятельности арбитражных судов Российской Федерации» // Российская газета. 1993. № 239.

²⁸ Клеандров М.И. Статус арбитражных, народных, присяжных заседателей. М., 2000. С. 19.

гать кандидатуры арбитражных заседателей, но окончательное решение было за председателем арбитражного суда (видимо, при рассмотрении кандидатур, предложенных сторонами, председатель как раз и должен был учитывать специализацию предложенных лиц).

Но уже тогда существовали правила, не соответствовавшие этой модели. Например, п. 13 Положения предусматривал право сторон отказаться от рассмотрения дел с участием арбитражных заседателей. Несоответствие видится в том, что коль скоро у суда есть потребность в наличии специальных познаний, то мнение сторон здесь вряд ли должно учитываться. Но если учесть, что такой отказ мог быть заявлен даже одной из сторон (п. 14 Положения), то это не соответствовало и другой модели, поскольку неотказавшаяся сторона лишалась права на рассмотрение спора судом, которому она доверяет, в отсутствие собственного волеизъявления. Далее в случае невозможности какого-либо арбитражного заседателя присутствовать на судебном заседании председатель арбитражного суда обеспечивал участие других арбитражных заседателей²⁹. Таким образом, даже если первоначально для рассмотрения дела был привлечен арбитражный заседатель, обладавший специальными познаниями по предмету спора, то в случае его неявки в рассмотрении дела участвовал другой заседатель независимо от его специализации.

В рамках эксперимента в Арбитражном суде Тюменской области в число заседателей были включены несколько журналистов и филологов исходя из того, что по спорам о защите чести, достоинства и деловой репутации специалистами являются не юристы и экономисты, а прежде всего филологи и журналисты, но такое привлечение немедленно получило критику со стороны ВАС РФ³⁰, что также свидетельствует о том, что наличие специальных познаний не ставилось во главу угла.

Принятый спустя шесть лет Федеральный закон от 30.05.2001 № 70-ФЗ «Об арбитражных заседателях арбитражных судов субъектов Российской Федерации» (далее — Закон об арбитражных заседателях) предусмотрел в п. 1 ст. 2: «Арбитражными заседателями могут быть граждане, достигшие 25 лет, но не старше 70 лет, с безупречной репутацией, имеющие высшее профессиональное образование и стаж работы в сфере экономической, финансовой, юридической, управленческой или предпринимательской деятельности не менее пяти лет». Нетрудно заметить, что прямое указание закона на необходимость наличия специальных познаний было исключено, если только не считать указанием на таковые требования к стажу работы и высшему профессиональному образованию.

Кроме того, ст. 19 АПК 2002 г. сторонам было предоставлено право выдвигать кандидатуру арбитражного заседателя опять же без учета специализации последнего. Суд мог отказать в привлечении выбранного заседателя только в случае, если имелись основания для отвода заседателя, предусмотренные ст. 21 АПК РФ, причем в первоначальной редакции даже личная заинтересованность

²⁹ Клеандров М.И. Указ. соч. С. 23.

³⁰ Там же. С. 24.

арбитражного заседателя в исходе дела не являлась основанием для его отвода³¹. Ни АПК 2002 г., ни Закон об арбитражных заседателях не предусматривали, что арбитражный заседатель может выбираться только из числа специалистов, которые обладают познаниями применительно к предмету спора. Благодаря данному нововведению, по сути, стороны получили право выбрать арбитражного заседателя, которому они доверяют, что соответствует модели беспристрастного суда. В то же время законодатель, вероятно, исходил из того, что стороны объективно будут стремиться сформировать квалифицированный состав суда в духе модели специалистов. Предложенное ст. 19 АПК 2002 г. регулирование было очень похоже на третейский суд (арбитраж), где стороны не обязаны выбирать арбитров, имеющих специальные познания по предмету спора, если только это не предусмотрено арбитражным соглашением. Судебная практика также подтверждает, что механизм привлечения арбитражных заседателей по АПК 2002 г. был своего рода гибридным. С одной стороны, он предлагал сторонам создать суд из беспристрастных специалистов, с другой — все еще не содержал последствий привлечения заседателя, не обладавшего познаниями в рассматриваемой области, что возможно только в рамках модели беспристрастного суда. Так, попытки судов отказать в привлечении арбитражных заседателей со ссылкой на то, что предмет спора не требует специальных познаний, влекли отмену решений судами вышестоящих инстанций как вынесенных судом в незаконном составе³².

Такая модель являлась наиболее прогрессивной и давала сторонам возможность выбирать арбитражных заседателей. Это был еще один шаг на пути к введению в институт арбитражных заседателей элементов модели беспристрастного суда. По сути, была сформирована гибридная модель беспристрастных специалистов. В число арбитражных заседателей были включены видные отечественные ученые, многие из которых имели богатейший опыт рассмотрения споров в качестве арбитров (третейских судей) как в России, так и за рубежом. К примеру, в список арбитражных заседателей Арбитражного суда города Москвы были включены трое из четверых самых известных российских арбитров по версии «Всемирного арбитражного обзора» (*Global Arbitration Review*), а именно проф. А.С. Комаров (который в то время являлся председателем Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ), проф. С.Н. Лебедев (тогда председатель Морской арбитражной комиссии при ТПП РФ) и проф. А.А. Костин (который является председателем Международного коммерческого арбитражного суда и Морской арбитражной комиссии при ТПП РФ в настоящее время)³³.

Однако выбранные сторонами арбитражные заседатели зачастую не являлись в судебное заседание, что приводило к его отложению. В связи с чем указанная модель нередко критиковалась за то, что недобросовестные стороны используют

³¹ Конституционный Суд РФ признал эту норму не соответствующей Конституции РФ и постановил распространить на арбитражных заседателей те же основания отвода, что и для судей (см. постановление Конституционного Суда РФ от 25.03.2008 № 6-П «По делу о проверке конституционности части 3 статьи 21 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами закрытого акционерного общества «Товарищество застройщиков», открытого акционерного общества «Нижнекамскнефтехим» и открытого акционерного общества «ТНК-ВР Холдинг»).

³² См., напр., постановления Президиума ВАС РФ от 31.05.2005 № 1946/05; Федерального арбитражного суда Уральского округа от 30.11.2005 № Ф09-3915/05-С6.

³³ *Who is Who of Arbitration in Russia // Global Arbitration Review. Vol. 3, issue 3. P. 18–19.*

назначение арбитражных заседателей как средство затягивания судебного разбирательства. В результате Федеральным законом от 27.07.2010 № 228-ФЗ «О внесении изменений в Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации» были внесены изменения, помимо прочего, в нормы, регулирующие институт арбитражных заседателей. Новая редакция ст. 19 АПК РФ, во-первых, прямо предусмотрела, что назначение арбитражных заседателей возможно только «в связи с особой сложностью дела и (или) необходимостью использования специальных знаний в сфере экономики, финансов, управления», и, во-вторых, лишила стороны права выбирать кандидатуры арбитражных заседателей — в случае заявления соответствующего ходатайства кандидатуры арбитражных заседателей определяются из списка арбитражных заседателей с учетом их специализации, путем случайной выборки с использованием автоматизированной информационной системы или иным способом, применяемым в арбитражном суде для формирования состава суда³⁴. И в-третьих, были внесены изменения в ст. 60 АПК РФ, которые запретили арбитражным заседателям выступать в качестве представителя в арбитражном суде, за исключением случаев, когда они выступают как законные представители физических лиц³⁵.

Хотя эти изменения и свидетельствуют о желании сделать основной акцент на модели специалистов, мы все еще далеки от нее. В частности, если рассмотреть списки арбитражных заседателей, то можно увидеть, что специализация арбитражных заседателей достаточно условна, многие фамилии встречаются почти в каждой специализации. При всем уважении к данным кандидатурам, вряд ли можно признать, что человек является специалистом сразу в пяти или шести областях предпринимательской деятельности. Кроме того, случайная выборка также может соответствовать модели специалистов только при условии жесткого соблюдения специализации заседателя, иначе получается, что можно выбрать заседателя, не имеющего никаких познаний применительно к рассматриваемому делу.

Удивляет и то, что после принятия изменений в АПК РФ специализация арбитражных заседателей перестала быть публичной информацией. На сайтах арбитражных судов информация об образовании, месте работы и специализации арбитражного заседателя отсутствует со ссылкой на то, что на арбитражных заседателей распространяются нормы о статусе судей в соответствующей части, а информация о судьбе является закрытой, в то время как в начале эксперимента по привлечению арбитражных заседателей к рассмотрению споров было предусмотрено, что председатель арбитражного суда обеспечивает возможность ознакомления сторон со списком арбитражных заседателей, при этом список должен был содержать необходимые данные об арбитражных заседателях, в том числе о месте работы, профессии, образовании и т. д.³⁶ Получается, что сегодня стороны даже лишены возможности узнать, обладает ли назначенный по их делу арбитражный заседатель специальными познаниями по предмету спора.

³⁴ *Надо сказать, что случайная выборка кандидатур применялась и ранее, при назначении кандидатуры судом в случаях, предусмотренных законом (см. п. 1, 2 постановления Пленума ВАС РФ от 01.07.2010 № 38 «О некоторых вопросах, связанных с участием арбитражных заседателей в осуществлении правосудия»).*

³⁵ *См. также п. 4 постановления Пленума ВАС РФ от 10.11.2011 № 70 «О некоторых вопросах, связанных с участием арбитражных заседателей в осуществлении правосудия».*

³⁶ *Клеандров М.И. Указ. соч. С. 22.*

Возможные пути реанимации института арбитражных заседателей

Председатель ВАС РФ А.А. Иванов отмечал: «Если раньше, как мы все знаем, арбитражные заседатели использовались только или преимущественно для затягивания процесса, то сейчас их использование стало функциональным»³⁷. Однако уже в 2009 г. А.А. Иванов заявил, что арбитражные заседатели «сейчас фактически неработающий институт»³⁸. Многие юристы, в том числе и арбитражные судьи, считают, что институт арбитражных заседателей себя не оправдал³⁹.

Претензии к статусу арбитражных заседателей в основном сводятся к следующему.

1. Неявка арбитражных заседателей в судебное заседание, из-за чего его приходится откладывать. В результате недобросовестные стороны требуют назначения арбитражных заседателей с единственной целью затянуть арбитражное разбирательство.
2. Нехватка квалифицированных арбитражных заседателей. Если изначально в списки арбитражных заседателей были включены многие видные ученые и практики, имеющие богатейший опыт в той или иной отрасли, в том числе в качестве третейских судей (арбитров), то со временем многие из них под разными предлогами предпочли быть исключенными из списков. На сегодня в списках арбитражных заседателей остались в большинстве своем юристы и экономисты предприятий среднего и малого звена, не имеющие ученых степеней и званий, а главное, опыта рассмотрения сложных предпринимательских споров.
3. Сомнения в независимости арбитражных заседателей и их беспристрастности при рассмотрении спора.

В последние годы неоднократно предпринимались попытки разрешить эти проблемы. В частности, стороны были лишены права выбирать кандидатуру арбитражного заседателя — теперь они лишь заявляют соответствующее ходатайство, в то время как отбор кандидатур происходит случайным методом (ст. 19 АПК РФ в ред. Федерального закона от 27.07.2010 № 228-ФЗ). Кроме того, арбитражным заседателям запретили быть представителями в арбитражных судах, за исключением случаев законного представительства физических лиц (ч. 1 ст. 60 АПК РФ в ред. Федерального закона от 27.07.2010 № 228-ФЗ).

Представляется, что все эти попытки ВАС РФ реанимировать институт арбитражных заседателей делаются для достижения сиюминутных целей (таких, как

³⁷ См.: *Итоговый доклад Председателя ВАС РФ А. Иванова «15-летие системы арбитражных судов»*. URL: <http://vas.arbc.ru/as/assys/15ann/index.htm>.

³⁸ Мошкин М. *Деловой подход к правосудию // Время новостей*. 2009. 14 мая.

³⁹ Шнягина Н., Фетисов А. *Революция в формате АПК (интервью с А.Г. Зайцевой, исполняющей обязанности начальника управления законодательства ВАС РФ, кандидатом юридических наук) // ЭЖ-Юрист*. 2008. № 47 (см. также: Асеева Е.А. *Законный состав суда как гарантия осуществления правосудия в соответствии с требованиями Конституции Российской Федерации // Российский судья*. 2008. № 6).

борьба с затягиванием арбитражного разбирательства), но концептуально непонятно, как ВАС РФ видит этот институт в будущем. Современное регулирование статуса заседателей таково, что лучше вообще не иметь института арбитражных заседателей в АПК РФ, чем иметь его в том виде, в котором он существует сейчас. Об этом свидетельствует и судебная практика: в 2011 г. более чем в три раза сократилось число дел, рассмотренных с участием арбитражных заседателей⁴⁰. Хотя ВАС РФ объясняет это победой над злоупотреблениями путем внесения последних изменений в ст. 19 АПК РФ, представляется, что за таким масштабным сокращением числа дел скрывается еще и утрата доверия сторон к институту арбитражных заседателей.

В то же время хоронить институт арбитражных заседателей еще рано. Считаем необходимым внести семь предложений, которые могут вдохнуть в его бездыханное тело жизнь.

Предложение первое заключается в том, что в регулирование института арбитражных заседателей нужно обязательно включать элементы модели беспристрастного суда. Попытки законодателя реализовать модель специалистов в чистом виде не принесли успеха, в результате стороны не верят ни в специализацию, ни в независимость арбитражных заседателей от судебной власти. Идеальная модель, к которой надо стремиться, — это гибридная модель беспристрастных специалистов, которые назначаются таким образом, что стороны доверяют таким заседателям, при этом обеспечивается специализация последних. Справедливости ради стоит отметить, что определенные элементы модели беспристрастного суда в современном регулировании все-таки сохраняются. Пункт 1 ст. 3 Закона об арбитражных заседателях предусматривает, что кандидатуры арбитражных заседателей предлагаются торгово-промышленными палатами, ассоциациями и объединениями предпринимателей, иными общественными и профессиональными объединениями. В Германии аналогично кандидатуры предлагаются торгово-промышленными палатами, что детально описано выше. Отличий от России, по сути, два. Во-первых, в Германии суд связан кандидатурами, предложенными Торгово-промышленной палатой, и не может отказать в их назначении, в то время как в России арбитражный суд первой инстанции отсеивает часть кандидатур перед внесением списка на утверждение Президиума ВАС РФ. Во-вторых, в России, скорее всего, в силу культурных различий стороны меньше склонны доверять заседателю, окончательно назначенному судом, даже если кандидатура заседателя предлагалась независимой от суда организацией.

Предложение второе — в развитие первого предложения необходимо вернуть сторонам право выбирать кандидатуру арбитражного заседателя, которому они доверяют. В АПК РФ 2002 г. была закреплена передовая модель, дающая сторонам право выбирать арбитражных заседателей. При этом привлечение заседателей, которым стороны доверяют из-за их честности и беспристрастности, вовсе не исключает возможности привлечения специалистов, просто инициатива переносится на стороны: при назначении заседателя сторона, заинтересованная в надлежащем рассмотрении своего спора, может назначить лицо, обладающее специальными

⁴⁰ Аналитическая записка к статистическому отчету о работе арбитражных судов Российской Федерации в 2011 г. С. 5. URL: <http://www.arbitr.ru/press-centr/news/totals> (по состоянию на 26.01.2012).

познаниями по рассматриваемому делу. К этой модели были две претензии: (1) сомнения в независимости и беспристрастности заседателей, которых выбирали стороны, и (2) затягивание арбитражного разбирательства. По поводу первой проблемы Т.И. Машкина замечает: «Уже сегодня в нашей практике есть факты, когда стороны выбирают заседателей по принципу знакомства, лояльности по отношению к этой стороне. Нам известны факты согласования представителями сторон своей позиции по делу с арбитражными заседателями до начала и в период судебного разбирательства»⁴¹. В литературе также высказывалось мнение, что «сторонам в процессе ни в коем случае нельзя давать право выдвигать своего арбитражного заседателя, иначе он превратится в их представителя»⁴².

По нашему мнению, такая точка зрения слишком категорична и далеко не во всех случаях оправданна. Прежде всего эти утверждения ничем не подтверждены. Если известны факты согласования позиции с заседателем, почему ни один заседатель не привлечен к ответственности за подобные деяния? В отсутствие вступившего в законную силу судебного акта о привлечении заседателя к ответственности подобные заявления «о фактах согласования позиции» как минимум противоречат презумпции невиновности. вполне возможно, что попытка арбитражного заседателя обеспечить честное и беспристрастное рассмотрение спора как раз и рассматривается профессиональными судьями как «лояльность по отношению к стороне». Насколько судьи арбитражных судов готовы прислушиваться к мнению заседателя, которое не совпадает с их собственным?

Нельзя не отметить, что претензии о «знакомстве» и «лояльности» высказывались и применительно к арбитрам (третейским судьям), которых стороны вправе выбирать, но эти претензии были признаны необоснованными. Право выбирать арбитров стало одной из главных составляющих успеха международного арбитража в мировом бизнес-сообществе, но не потому, что арбитры превращались в представителей сторон, а потому, что выбранные сторонами арбитры обеспечивали независимое и беспристрастное рассмотрение спора между тяжущимися⁴³. Хотя высказывались предложения лишить стороны права выбирать кандидатуры арбитров⁴⁴, однако эти предложения опираются не на предположение, что назначенные сторонами арбитры превращаются в представителей, а на желание сделать процесс более эффективным и снизить количество отводов, которые затягивают рассмотрение дел, но редко признаются обоснованными.

Требования к независимости и беспристрастности арбитров встречаются практически во всех национальных законах об арбитраже и регламентах институциональных

⁴¹ Машкина Т.И. *Арбитражный процесс: принципы и приоритеты* // *ЭЖ-Юрист*. 2005. № 44.

⁴² Клеандров М.И. *Указ. соч.* С. 32.

⁴³ См.: *Исследование об отношении клиентов к международному арбитражу, подготовленное совместно Школой международного арбитража Университета Куин Мэри (Лондон) и компанией PriceWaterhouseCoopers (International Arbitration: Corporate Attitudes and Practices 2006)*. URL: http://www.arbitrationonline.org/docs/IAstudy_2006.pdf.

⁴⁴ См., напр.: Smit H. *The Pernicious Institution of the Party-Appointed Arbitrator*. URL: http://www.vcc.columbia.edu/files/vale/print/Perspective_33_Smit_0.pdf.

арбитражей⁴⁵. В то же время в литературе по международному арбитражу отмечается, что задача арбитра, назначенного стороной, заключается в том, чтобы обеспечить соблюдение прав и интересов этой стороны, в частности это важно, когда стороны имеют культурные и исторические различия⁴⁶. При этом регламенты международных коммерческих арбитражей прямо предусматривают, что арбитр должен быть независимым и беспристрастным и не может быть представителем сторон. Например, п. 1 § 3 Регламента Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ предусматривает: «При выполнении своих функций арбитры беспристрастны и независимы. Они не являются представителями сторон, участвующих в деле». Аналогичные положения содержатся и в регламентах других арбитражных институтов⁴⁷.

Идея назначения арбитров сторонами в международном арбитраже имеет еще одну причину: считается, что на стадии подачи иска стороны знают свое дело лучше, чем любой назначающий орган, поэтому они выберут более подходящую кандидатуру в качестве арбитра (в том числе с учетом специальных познаний конкретного арбитра)⁴⁸.

Все эти высказывания применимы и к арбитражным заседателям: требуя назначения арбитражных заседателей, сторона стремится обеспечить, чтобы ее аргументы были заслушаны и обсуждены надлежащим образом, а также хочет назначить такого арбитражного заседателя, который сможет разобраться в деталях спора между сторонами.

В международном арбитраже сторона, назначившая арбитра, не имеет права контактировать с ним напрямую, за исключением двух случаев: а) перед назначением сторона вправе связаться с потенциальным кандидатом, чтобы выяснить, может ли он (она) принять назначение и есть ли потенциальный конфликт интересов (основания для отвода или самоотвода); б) после назначения можно контактировать с арбитром только с целью обсуждения кандидатуры председателя, избираемого назначенными сторонами арбитрами. При этом потенциальный арбитр не может обсуждать со стороной перспективы дела и высказывать какое-либо мнение по предмету спора⁴⁹. Претензии к тому, что сторона контактировала с арбитражным заседателем, не могут быть признаны чем-то ненадлежащим, если такие контакты сводились к желанию стороны удостовериться, что арбитражный заседатель примет назначение.

Заметим, что АПК 2002 г. имел достаточный инструментарий для борьбы с ситуацией, когда арбитражный заседатель в нарушение требований независимости

⁴⁵ *Краткий обзор требований к независимости и беспристрастности см.: Ходыкин Р.М. Независимость и беспристрастность арбитров в инвестиционных спорах // Третейский суд. 2011. № 4. С. 136–138.*

⁴⁶ *Lew J., Mistelis L., Kroll S. Comparative International Commercial Arbitration. The Hague / London / New York, 2003. P. 271–272.*

⁴⁷ *См., напр., п. 1 ст. 2 Регламента Морской арбитражной комиссии при ТПП РФ, ст. 5.2 Регламента Лондонского международного третейского суда (LCIA).*

⁴⁸ *Lew J., Mistelis L., Kroll S. Op. cit. P. 237.*

⁴⁹ *См.: Born G. International Commercial Arbitration. Vol. I. Kluwer Law International, 2009. P. 1391–1394.*

и беспристрастности контактировал со стороной и согласовывал с ней позицию по делу: во-первых, такой арбитражный заседатель мог быть отведен в порядке, предусмотренном ст. 25 АПК РФ; во-вторых, при подобных нарушениях председательствующий судья и другой арбитражный заседатель могли принять законное и обоснованное решение большинством голосов, как это предусмотрено ст. 20 АПК РФ. При наличии такого инструментария не нужно было лишать стороны права выбирать кандидатуры арбитражных заседателей.

Переходя к анализу второй претензии к системе выбора кандидатур сторонами — злоупотребления и затягивание судебного разбирательства, следует понять причины, которые заставляют арбитражных заседателей не являться в заседание арбитражного суда, приводя к его отложению. Заседатели предъявляют претензии не только к оплате труда, о чем речь пойдет ниже, но и в связи с тем, что при их назначении не учитываются их желание и возможности участвовать в рассмотрении конкретного дела. В частности, дата слушания может быть назначена на день, в который арбитражный заседатель не может принять участие в разбирательстве по уважительной причине. Кроме того, бывают обстоятельства, когда арбитражный заседатель и вовсе не может участвовать в рассмотрении спора. Сама идея привлечения заседателей состоит в том, что такой заседатель не должен сидеть в зале суда безучастно и подписывать подготовленное судьей решение — каждый заседатель, поскольку он обладает правами судьи, должен внимательно ознакомиться с материалами дела, активно участвовать в исследовании доказательств и постановлении решения в совещательной комнате. Таким образом, работа арбитражного заседателя — тяжелый труд, который требует желания и, что важнее, времени. Бывают ситуации, когда арбитражный заседатель в силу занятости по месту основной работы или в связи с участием, например, в третейском разбирательстве в качестве арбитра не имеет достаточно времени для надлежащего выполнения функций заседателя. Действующий АПК РФ, как и предыдущие редакции Кодекса, не наделяет заседателя правом отказаться от назначения по этим причинам. Арбитражный заседатель может взять самоотвод, но только по основаниям, предусмотренным ст. 21 АПК РФ (участие в предыдущем рассмотрении дела или заинтересованность в его исходе). В итоге у арбитражного заседателя два пути: либо участвовать в рассмотрении дела неподготовленным (тогда смысл привлечения заседателя исчезает), либо не являться на заседание, что, естественно, может привести к срыву последнего. Более того, в арбитражных судах некоторых субъектов РФ сложилась практика, когда арбитражных заседателей уведомляют о времени судебного заседания телефонограммой, зачастую за день или два до заседания, а неявка арбитражного заседателя в судебное заседание после такого уведомления рассматривается как действие, умаляющее авторитет судебной власти, что влекло исключение из списка⁵⁰. Получается, что сама схема подстегивает заседателей либо делать свое дело некачественно, либо не являться в судебное заседание. Это со всей очевидностью расходится с декларируемыми целями как института арбитражных заседателей, так и арбитражного процессуального законодательства в целом.

Из сказанного вытекает третье предложение — дать заседателю право отказываться от назначения, если он юридически или фактически не может участвовать в арбитраж-

⁵⁰ Пункт 4 постановления Пленума ВАС РФ от 01.07.2010 № 38 «О некоторых вопросах, связанных с участием арбитражных заседателей в осуществлении правосудия».

ном разбирательстве. Такое право представляется арбитрам (третейским судьям) во всех международных арбитражах⁵¹, более того, Арбитражный суд при Международной торговой палате (Париж) с недавнего времени отказывает в назначении, если у кандидата нет достаточного времени для надлежащего выполнения обязанностей арбитра (все кандидаты предоставляют суду информацию о своей занятости по месту основной работы и в других разбирательствах)⁵².

Конечно, такое решение еще больше скажется на проблеме нехватки арбитражных заседателей, ибо помимо того, что их в целом недостаточное количество, появятся также дела, в которых заседатели будут отказываться от назначения. Кроме того, в соответствии с ч. 4 ст. 19 АПК РФ в действующей редакции, если после отвода одного или нескольких арбитражных заседателей невозможно сформировать состав суда для рассмотрения дела с участием арбитражных заседателей, указанное дело рассматривается судьей единолично. Современная система включения арбитражных заседателей в списки далека от совершенства: набрать нужное количество заседателей удастся плохо. Еще более усугубило ситуацию введение запрета для арбитражных заседателей участвовать в арбитражных разбирательствах в качестве представителя сторон⁵³ — теперь успешные юристы, имеющие опыт рассмотрения сложных коммерческих споров, отказываются становиться арбитражными заседателями.

На решение этой проблемы направлено **четвертое предложение** — **дать сторонам право выбирать арбитражных заседателей не из списка при условии, что они соответствуют заранее определенным критериям (например, наличие высшего образования, ученой степени, опыта работы в определенной области)**⁵⁴. В настоящее время в силу ст. 3 Закона об арбитражных заседателях списки арбитражных заседателей утверждаются Пленумом ВАС РФ, к осуществлению правосудия не допускаются лица, не включенные в список, кроме случаев, когда на момент исключения заседателя из списка рассмотрение дела еще не завершено — в такой ситуации арбитражный заседатель продолжает выполнять свои функции до вынесения решения по делу (п. 3 ст. 4 Закона об арбитражных заседателях). Но это вовсе не означает, что законодатель не может предусмотреть возможность привлечения арбитражных заседателей, не включенных в какой-либо список. Опыт привлечения заседателей в Германии, Франции и Англии, описанный выше, показывает, что законодательство этих стран не связывает возможность участия заседателя в деле с включением их в какой-то специальный список. Надо сказать, что это предложение может равным образом применяться и в случае построения института по модели специалистов:

⁵¹ Например, п. 1 § 19 Регламента Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ дает арбитрам право отказаться от назначения, если он становится «юридически или фактически неспособным выполнять свои функции».

⁵² *Introduction of New Statement of Acceptance, Availability and Independence for arbitrators, 12 January 2010. URL: <http://www.iccwbo.org/court/arbitration/index.html?id=34688>.*

⁵³ *Часть 1 ст. 60 АПК РФ; п. 4 постановления Пленума ВАС РФ от 10.11.2011 № 70 «О некоторых вопросах, связанных с участием арбитражных заседателей в осуществлении правосудия».*

⁵⁴ *Такой подход повсеместно воспринят в международном коммерческом арбитраже (см., напр., § 17 Регламента Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ, который обязывает выбирать из списка только единоличного арбитра или председателя состава арбитража при назначении оных Президиумом Международного коммерческого арбитражного суда).*

если в списке отсутствует заседатель, обладающий специальными познаниями или опытом, например, в сфере судоходства, почему бы не дать право суду (после совещания со сторонами) привлечь в качестве заседателя лицо, обладающее познаниями в мореплавании, не из списка?

Перейдем к последней проблеме повышения престижа статуса арбитражного заседателя — размеру вознаграждения. Не секрет, что многие знающие и успешные специалисты, в том числе юристы, не желают становиться арбитражными заседателями по причине того, что вознаграждение заседателя небольшое.

Для привлечения действительно хороших специалистов в той или иной области знаний необходимо платить им достойное вознаграждение. Изначально арбитражные заседатели привлекались на безвозмездной основе, что было прямо предусмотрено п. 8 Положения об эксперименте по рассмотрению дел с привлечением арбитражных заседателей (утв. постановлением Пленума ВАС РФ от 05.09.1996 № 10). В настоящее время в соответствии со ст. 6 Закона об арбитражных заседателях выплачивается вознаграждение в размере одной четвертой части должностного оклада судьи данного суда пропорционально количеству рабочих дней, в течение которых заседатель участвовал в осуществлении правосудия. Получается, что вознаграждение арбитражного заседателя привязано к заработной плате судьи, а не к заработку самого арбитражного заседателя. И если заработок арбитражного заседателя больше, чем предлагаемое вознаграждение, то участие в отправлении правосудия будет для него экономически невыгодным. Если же, наоборот, заседатель по месту основной работы зарабатывает меньше, то привлечение к рассмотрению дела будет для него выгодно, но с точки зрения бюджетной дисциплины государство выплачивает вознаграждение в размере большем, чем было необходимо.

Немного лучше решен вопрос о выплате вознаграждения присяжным заседателям при осуществлении правосудия по уголовным делам — в соответствии с ч. 1 ст. 11 Федерального закона от 20.08.2004 № 113-ФЗ (ред. от 27.12.2009, с изм. от 29.12.2010) «О присяжных заседателях федеральных судов общей юрисдикции в Российской Федерации» им выплачивается вознаграждение в размере одной второй части должностного оклада судьи этого суда пропорционально числу дней участия присяжного заседателя в осуществлении правосудия, но не менее среднего заработка присяжного заседателя по месту его основной работы за такой период.

К примеру, в Германии в соответствии со ст. 16, 18 Закона о возмещении судебных расходов (*Justizvergütungs- und -entschädigungsgesetz*) оплата торговым судьям (которые избираются из числа коммерсантов) включает в себя, помимо прочего, расходы за потраченное время и утраченный доход и командировочные расходы в случае, если им для исполнения своих обязанностей необходимо приехать в другой населенный пункт.

Отсюда следует пятое предложение: **установить вознаграждение арбитражного заседателя в размере среднего дохода за потраченное время, рассчитываемое по почасовой ставке (в число часов должно включаться время, потраченное на изучение материалов дела, подготовку к заседанию, переезд к месту проведения заседания и обратно, в том**

числе в пределах одного населенного пункта, поскольку это время отсутствия по основному месту работы). Это предложение должно рассматриваться вкупе с решением проблемы финансирования и с вопросом, кто будет оплачивать средний доход заседателя за потраченное время. Сейчас вознаграждение арбитражных заседателей уплачивается из федерального бюджета, но в рамках бюджетного финансирования такое предложение вряд ли возможно, ибо оно влечет непредсказуемость расходов для бюджета — до момента рассмотрения всех дел в году объем финансирования определить невозможно. Из этого вытекает **шестое предложение: включить расходы на вознаграждение и командирование арбитражных заседателей в сумму судебных расходов, которые подлежат оплате проигравшей стороной. При этом на сторону, ходатайствующую о привлечении арбитражного заседателя, необходимо наложить обязанность по внесению авансом суммы расходов в депозит суда**⁵⁵.

Именно такой подход принят в Англии, где в соответствии с § 5–6 правила 35.15 Правил гражданского судопроизводства вознаграждение заседателя включается в сумму судебных расходов (и может быть взыскано с проигравшей стороны), кроме того, суд может возложить на стороны обязанность по внесению в депозит суда суммы для покрытия расходов на вознаграждение заседателя. В России оплата вознаграждения арбитражным заседателям из федерального бюджета рассматривается как одна из гарантий независимости и беспристрастности арбитражных заседателей⁵⁶. Между тем в случае с арбитром (третейским судьей) оплата гонораров осуществляется не напрямую ему, а в соответствующий арбитражный институт, что исключает возможность влияния на арбитра и даже контакта стороны с ним. Равным образом платеж аванса в депозит суда и последующая выплата денежных средств судом арбитражному заседателю будут одной из гарантий независимости и беспристрастности последнего.

Возложение обязанности по внесению аванса на сторону, заявляющую ходатайство о привлечении арбитражных заседателей, также должно положительно сказаться на проблеме злоупотребления правом на назначение заседателей с целью затянуть разбирательство. Не всякая запретительная норма настолько же эффективна, как экономические механизмы, — недобросовестные стороны серьезно задумаются, заявлять ли им такое ходатайство о привлечении заседателей, если над ними будет висеть обязанность по уплате аванса на покрытие их расходов.

Наложение такой обязанности на сторону имеет свои минусы. Если исходить из того, что арбитражные заседатели обеспечивают реализацию принципа рассмотрения спора независимым и беспристрастным судом, то наложение обязанности по внесению аванса может лишить некоторые стороны (особенно не очень состоятельные) такого права. Поэтому следует предусмотреть механизм отсрочки или освобождения от уплаты аванса, если сторона не имеет реальной возможности внести требуемую сумму.

Последнее, седьмое предложение: расширить рамки использования института арбитражных заседателей, в частности разрешить их привлечение по делам, возникающим

⁵⁵ Как это сделано в п. 1 § 7 Положения об арбитражных сборах и расходах (приложение к Регламенту Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ).

⁵⁶ См.: Клеандров М.И. Указ. соч. С. 7.

из административных и иных публичных правоотношений, а также в арбитражном суде второй инстанции.

На сегодня рамки использования института арбитражных заседателей ограничены. Во-первых, в соответствии с ч. 3 ст. 17 АПК РФ не подлежат рассмотрению с участием арбитражных заседателей дела, предусмотренные ч. 2 ст. 17 АПК РФ, дела, возникающие из административных и иных публичных правоотношений, а также дела особого производства. Во-вторых, привлечение арбитражных заседателей возможно только в суде первой инстанции.

Насколько правильно ограничивать сферу привлечения арбитражных заседателей только частноправовыми спорами? Исторически идея привлечения граждан к отправлению правосудия предполагала, что они будут разрешать лишь вопросы факта, но не права. Скорее всего, предметные ограничения базировались на том, что в публично-правовых спорах первичными являются вопросы права, поэтому они должны рассматриваться профессиональными судьями. Но в современном мире такой подход не выдерживает критики.

Необходимо заметить, что ст. 19 АПК РФ наделила арбитражных заседателей правами и обязанностями судьи. Таким образом, в отличие от статуса присяжных заседателей, которые не имеют дела с вопросами права, арбитражные заседатели обязаны эти вопросы разрешать. Народные заседатели в судах общей юрисдикции также были уполномочены разрешать вопросы права.

Кроме того, даже если исходить из того, что арбитражные заседатели не должны допускаться к рассмотрению споров о праве, то нельзя забывать, что в публично-правовых спорах все еще сохраняются вопросы факта. Хотя при обжаловании ненормативных правовых актов, действий или бездействия органов государственной власти вопросы факта имеют свою специфику, так как считается, что доказательств уже были исследованы органом государственной власти в досудебном порядке, суд все равно обязан проверить не только законность, но и обоснованность ненормативного акта, что подразумевает разрешение вопросов факта.

Стоит также задуматься о том, обоснованно ли ограничивать привлечение арбитражных заседателей только судом первой инстанции. И.Я. Фойницкий писал: «... чем более в разбирательстве дела юридическая сторона преобладает над фактической, тем полнее и преобладание коронного элемента над народным; суд кассационный, имеющий дело исключительно с формулами закона в применении их к отдельному случаю, совершенно не допускает участия последнего в своем составе»⁵⁷. Экстраполируя это высказывание на современный арбитражный процесс, можно сказать, что народный элемент точно не должен привлекаться при рассмотрении спора в суде кассационной инстанции, основной задачей которой является проверка правильности применения норм права. Что же касается суда апелляционной инстанции, ч. 1 ст. 268 АПК РФ предусматривает, что «при рассмотрении дела в порядке апелляционного производства арбитражный суд по имеющимся в деле и дополнительно представленным доказательствам повторно рассматривает дело». В суде апелляционной инстанции, таким образом, вопросы факта играют боль-

⁵⁷ Фойницкий И.Я. Указ. соч. С. 126.

шую роль. Почему бы в этом случае не привлекать арбитражных заседателей к рассмотрению дел в суде апелляционной инстанции?

М.И. Клеандров также полагал, что в будущем с участием арбитражных заседателей могут рассматриваться по первой инстанции дела о банкротстве, а также в апелляционной и надзорной инстанциях необходимо привлекать арбитражных заседателей дополнительно к трехчленному составу судей (3 + 2)⁵⁸. Надо сказать, что в начале эксперимента также допускалось привлечение арбитражных заседателей к рассмотрению дел в коллегиальном составе из трех профессиональных судей⁵⁹, но в современное регулирование это правило не перешло.

В заключение приведем слова Т.К. Андреевой, которая заметила, что «участие арбитражных заседателей в осуществлении правосудия только там достигнет своей цели, где в числе таких непрофессиональных судей действительно авторитетные, известные своим профессионализмом и порядочностью уважаемые предприниматели»⁶⁰. Представляется, что реализация приведенных выше семи предложений позволит достичь этой цели.

⁵⁸ См.: Клеандров М.И. Указ. соч. С. 28.

⁵⁹ См.: Андреева Т. Заседатели в арбитражном процессе // Российская юстиция. 1997. № 5 (цит. по: СПС КонсультантПлюс).

⁶⁰ Там же.