

ПРОБЛЕМА ПРЕДВЗЯТОСТИ АРБИТРА



**Константин
Кроль**
партнер Dentons,
арбитр, FCI Arb

Непредвзятость и независимость арбитра, бесспорно, краеугольный камень арбитражного (третейского) правосудия¹. Возможность существования и обеспечения данных условий является предметом анализа настоящей статьи.

Фундаментальный принцип непредвзятости и независимости арбитра как требования к осуществлению третейского разбирательства закреплен в Типовом законе ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже 1985 года, Арбитражном регламенте ЮНСИТРАЛ и регламентах постоянно действующих арбитражных учреждений, Законе РФ «О международном коммерческом арбитраже»², Правилах ИВА о конфликте интересов в международном арбитраже, Правилах о беспристрастности и независимости третейских судей, утвержденных приказом ТПП РФ от 27 августа 2010 года № 39 и т.д.

Наличие и/или нераскрытие арбитром конфликта интересов, как и коррупционная заинтересованность арбитра, могут повлечь за собой отвод арбитра, или признание арбитражного решения недействительным, или отказ в признании и приведении решения в исполнение. Разумеется, наличие обстоятельств, «вызывающих обоснованные сомнения» относительно беспристрастности или независимости арбитра, необходимо доказать, что весьма непросто.

В доктрине обычно исходят из того, что *независимость* арбитра, под которой понимается отсутствие между арбитром и сторонами отношений, могущих повлиять на арбитра при вынесении решения, является фактическим обстоятельством, которое может быть объективно подтверждено, тогда как *беспристрастность* — это состояние ума арбитра, предполагающее отсутствие у него субъективной либо заранее сформированной позиции³.

Существуют различные мнения о том, следует ли отождествлять независимость и беспристрастность при оценке непредвзятости⁴ или все же рассматривать эти понятия отдельно, поскольку в их основе лежат разные критерии — объективный и субъективный⁵.

¹ Born, G. B. *International Commercial Arbitration*. 2nd ed. Kluwer Law International, 2014. P. 1759; Lew J. D. M., Mistelis L. A., Krol S. M. *Comparative International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2003. P. 95; Blackaby N., Partasides C., Redfern A., Hunter M. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 5th ed., Oxford: Oxford University Press, 2009. P. 266.

² Часть 6 ст. 11 Закона РФ от 7 июля 1993 года № 5338-1 (ред. от 25 декабря 2018 года) «О международном коммерческом арбитраже».

³ Очирова С. *Непредвзятость арбитров в международном коммерческом арбитраже: подходы к оценке* // *Международное правосудие*. 2018. № 1 (25). С. 123.

⁴ Ванюкова Е. М. *Независимость и беспристрастность арбитров в международном коммерческом арбитраже* // *Вестник международного коммерческого арбитража*. 2014. № 2. С. 52–53.

⁵ Очирова С. *Указ. соч.* С. 123.

Возможен ли сценарий, при котором арбитр, отвечающий всем внешним признакам независимости, тем не менее проявляет предвзятость? В какой мере арбитр, являясь человеком из плоти и крови, может всегда оставаться непредвзятым? Наконец, может ли человек вообще быть непредвзятым (беспристрастным)?

На первый взгляд кажется, что если у лица нет личной заинтересованности или конфликта интересов, то нет и оснований быть предвзятым. Однако такое утверждение не выдерживает проверки. Теоретическая и практическая психология и обычный житейский опыт говорят о том, что человек — продукт воспитания, образования, профессионального и жизненного опыта, окружающей его социальной и информационной среды, дитя своего времени. Матрица восприятия и мировоззрение закладываются у человека еще в детстве и, активно развиваясь в подростковом возрасте, окончательно формируются к моменту получения высшего образования, часто не претерпевая кардинальных изменений в течение жизни. Арбитр здесь не является исключением.

Наивно утверждать, что профессиональная подготовка и опыт арбитра ограждают его от наличия возможной предвзятости, свойственной всем людям. Конечно, чем выше образовательный уровень, шире кругозор и больше опыт, тем вероятнее человек готов подняться над стандартной матрицей восприятия. В то же время многолетний стаж подчас приводит к заострению и ригидности, когда утрачиваются гибкость мышления и открытость к новому, которые так важны в современном быстро меняющемся мире. Особенно отчетливо это проявляется в момент смены политических и экономических формаций, когда незыблемые, казалось бы, истины подвергаются кардинальному пересмотру. Например, существует широко распространенное искажение восприятия, при котором человек отбирает из информационного потока только те факты, которые подтверждают сложившуюся у него картину мира (*confirmation bias*).

Иными словами, многолетний профессиональный опыт не только преимущество, но и недостаток: он неизбежно

детерминирует подход арбитра к рассматриваемой ситуации. У давно работающего арбитра подчас возникает профессиональная деформация, когда он на основе своего прошлого опыта приходит к определенным выводам уже в начале процесса, после ознакомления с иском и отзывом. В этом случае возникает риск, что все последующие аргументы и приводимые в ходе процесса и слушаний доказательства сторон будут восприниматься арбитром через призму подтверждения уже сложившейся у него изначально картины дела.

Если суть спора не нова и стороны находятся в сопоставимых «весовых категориях» (госкомпания против госкомпании, частная компания против частной и т.п.), как зачастую и бывает в стандартных процессах в рамках одной юрисдикции (так называемые внутренние споры), то предвзятость проявляется в меньшей мере. Однако в сложных трансграничных спорах, где в том числе сталкиваются разные культуры, обычаи делового оборота, юридические школы и традиции, не говоря уже о геополитических факторах, проблема предвзятости приобретает особую остроту.

При этом сам арбитр может не осознавать и даже отвергать наличие у себя какой-либо предвзятости — это так называемая неосознанная предвзятость (*unconscious bias*). Она существует на разных уровнях и может принимать форму предвзятости по гендерному, расовому, национальному, этническому, религиозному, географическому, политическому, образовательному, социальному, классовому, корпоративному, профессиональному, языковому и многим другим признакам, а также их сочетанию. Также человеку свойственно с большим доверием относиться к «своим» — носителям привычного культурного и профессионального кода, который так или иначе включает в себя все вышеперечисленные признаки, нежели к чужаку, не вписывающемуся в знакомую матрицу восприятия.

Как известно, существенная часть наиболее крупных и сложных трансграничных споров с участием российских сторон рассматривается в иностранных арбитражных институтах. При этом практика ведущих зарубежных арби-

тражных институтов показывает, что российские арбитры выбираются сторонами или назначаются институтом крайне редко. Во многом это вызвано упомянутой ригидностью мышления: в прошлом сложилось предубеждение, что российские арбитры якобы подвержены давлению и не всегда обладают достаточной компетентностью для разрешения сложного спора. Возможно, 20–30 лет назад, когда российская экономика и право находились в процессе перехода, а рынок только формировался, для такого взгляда действительно имелись основания. Однако новое поколение российских профессионалов обладает необходимым опытом и знаниями, позволяющими компетентно разрешать любые споры с российским элементом. При этом наши специалисты до сих пор привлекаются в арбитражный процесс в лучшем случае в качестве представителей сторон или экспертов, но крайне редко в качестве арбитров.

Следует признать, что в вопросе назначения арбитров присутствует сильный консерватизм. Так, в Лондонском международном арбитражном суде (LCIA) арбитрами в основном назначаются королевские адвокаты (Queen’s Counsel, QC) — наиболее авторитетные английские барристеры (судебные адвокаты). Королевские адвокаты отличаются огромным процессуальным опытом и глубоким знанием права и, как правило, неоднократно сталкивались с трансграничными спорами. При этом среда королевских адвокатов достаточно однородна: это в большинстве своем выпускники Кембриджа и Оксфорда, принадлежащие к достаточно закрытой узкой социальной и профессиональной группе.

На современном этапе формирование панели присяжных в суде присяжных из представителей только одного слоя общества считается недопустимым — почему же такой подход сохраняется в международном арбитраже? Ведь если все арбитры, входящие в состав

арбитража по делу, обладают одинаковым культурным кодом, опытом и образованием и находятся в одной и той же информационной среде, возрастает риск возникновения у них общей аберрации восприятия.

Считается правильным обязывать присяжных воздерживаться от ознакомления с информацией о слушаемом деле, представленной в СМИ и иных внешних источниках. Например, в США при рассмотрении наиболее сложных дел практикуется так называемое секвестирование жюри присяжных (jury sequestration), когда присяжных на время процесса изолируют от внешнего влияния — размещают в отеле с ограничением доступа к телевидению, интернету и печатным СМИ. Все эти меры призваны воспрепятствовать формированию у присяжных предубеждения при вынесении решения. Арбитр же, напротив, постоянно находится в информационной среде, где может продвигаться достаточно односторонняя повестка. Геополитические реалии сегодняшнего мира и жесткая международная конкуренция проявляются в агрессивном и подчас однонаправленном информационном фоне, который не может не влиять на арбитра.

Автору приходилось сталкиваться с мнением о том, что даже наиболее опытные и авторитетные британские арбитры не всегда в полной мере понимают специфику российских споров, что заметно в некоторых решениях. Это не является исключительно российской проблемой — схожие ситуации возникают в трансграничных спорах с участием сторон и из других юрисдикций с отличными от англо-саксонских традициями, например из Китая.

Автор склонен согласиться с лордом Сампшином (Jonathan Sumption), бывшим судьей Верховного суда Англии, в том, что не следует преувеличивать значение индивидуального эмпирического опыта судьи по сравнению с опосредованным опытом⁶ (vicarious experience)⁷.

⁶ В философии и психологии под индивидуальным, или непосредственным, опытом понимается опыт конкретного человека, основанный на его непосредственных переживаниях и никак не связанный с опытом других людей или существующими на этот счет знаниями, догмами и т.п., тогда как опосредованный опыт основан на приобретенных знаниях и информации, но не на личном переживании (например, прочитать в книге о ядовитых змеях — это опосредованный опыт, а быть укушенным ядовитой змеей — непосредственный).

⁷ Sumption J. *Law in a Time of Crisis. Home Truths about Judicial Diversity*. 1921. P. 118.

Однако данная позиция справедлива прежде всего для внутренних споров и несколько ослабевает в отношении трансграничных споров, когда многоопытный арбитр из одной юрисдикции может не в полной мере понимать особенности культуры ведения бизнеса и специфики отношений сторон спора из юрисдикции с существенно отличающимися менталитетом и правовыми традициями. Проблема заключается в том, что в отсутствие личного опыта арбитры из однородной среды склонны полагаться на коллективный эмпирический опыт, выработанный именно в этой среде (юрисдикции), и опыт, сложившийся в иной, отличной среде, может не восприниматься ими вследствие когнитивного искажения. Возможно, свою роль здесь играет и наличие неосознанной предвзятости арбитра.

Единственным действенным способом достижения сбалансированной позиции арбитражного трибунала в трансграничном споре представляется диверсификация его

состава и привлечение в качестве арбитров профессионалов, обладающих не только глубокими знаниями права и рыночной практики, но и специфическим региональным опытом.

Скорее всего, неосознанная предвзятость арбитра неизбежна. Однако чем выше диверсификация состава арбитража и шире международный опыт арбитров, тем меньше вероятность, что у всех будет идентичная неосознанная предвзятость, и больше шансов, что в ходе обсуждения арбитры с разносторонним опытом смогут выработать наиболее взвешенное, сбалансированное и непредвзятое решение.

Самим же арбитрам необходимо помнить о существовании неосознанной предвзятости как неизбежного искажения сознания и стремиться к максимальной осознанности при формировании своего мнения по делу, руководствуясь разумом, аргументами сторон, фактами и доказательствами, а не подсознательными убеждениями.