

ОБЯЗАННОСТЬ ВЫНЕСТИ ИСПОЛНИМОЕ РЕШЕНИЕ В МЕЖДУНАРОДНОМ АРБИТРАЖЕ: КРИТИЧЕСКИЙ АНАЛИЗ

АВДУЛОВА А. Е., КОСЦОВ В. Н.

Авдулова Анна Евгеньевна — магистр права, юрист адвокатского бюро «Иванян и партнеры», Москва, Россия (avdannaevg@gmail.com).

Косцов Владимир Николаевич — LL.M. (Гарвардский университет), советник юридической фирмы Sirota & Partners, Москва, Россия (vladimirkostsov@gmail.com). ORCID: 0000-0001-8444-1142.

Аннотация

Авторы критически анализируют обязанность арбитров вынести исполнимое решение в международном арбитраже, которая нередко рассматривается в качестве отправной точки для разрешения целого ряда правовых вопросов, возникающих при рассмотрении арбитражных споров. В статье обосновывается, что данная обязанность не может подменять другие правовые институты и не имеет самостоятельного значения в вопросах установления арбитрами юрисдикции, выбора применимого права для разрешения спора, а также при рассмотрении дела по существу. Данная обязанность, источником которой выступает арбитражное соглашение, существует в частноправовых интересах самих сторон. Она не может быть использована в качестве инструмента учета публичных интересов государств или международного сообщества. Сам факт, что некоторое решение будет приводиться в исполнение в определенной юрисдикции или же что в этой юрисдикции будет рассматриваться вопрос об отмене решения, не означает наличия у такой юрисдикции связи с предметом спора, достаточной для применения ее права или сверхимперативных норм. И наоборот: тот факт, что некоторое государство не будет местом исполнения или местом вынесения арбитражного решения, не означает, что его право не подлежит применению в международном арбитражном разбирательстве. Данные вопросы урегулированы более нюансированными правилами, касающимися порядка выбора права в международном арбитраже, установления содержания этого права, а также правилами о применении в международном арбитраже сверхимперативных норм третьих стран и норм транснационального публичного порядка. Кроме того, компетенция, которой стороны наделяют арбитров при заключении арбитражного соглашения, предполагает обязанность арбитров самостоятельно определить пределы своей юрисдикции (принцип «компетенция о компетенции») и разрешить спор по существу, проведя собственный юридический анализ применимого права и обстоятельств дела. Если же арбитры подменяют этот анализ попыткой прогнозировать, как на этапе исполнения решения к их решению отнесется тот или иной государственный суд (чье право не является применимым), то их решение также может подлежать отмене как вынесенное с отказом от осуществления юрисдикции (англ.: *negative excess of competence*). В связи с этим в статье обосновывается, что обязанность арбитров вынести исполнимое решение по общему правилу ограничена восполнением пробелов в вопросах арбитражной процедуры и, например, может быть использована для обоснования полномочий арбитров по осуществлению каких-либо процессуальных действий, которые прямо не предусмотрены соглашением сторон или применимым правовым источником. Однако на практике большинство ссылок на эту обязанность ошибочны.

Ключевые слова

международный арбитраж, обязанности арбитра, процедура арбитражного разбирательства, исполнимое решение, отмена решения, признание и приведение решения в исполнение

Для цитирования: Авдулова А. Е., Косцов В. Н. Обязанность вынести исполнимое решение в международном арбитраже: критический анализ // Журнал ВШЭ по международному праву (HSE University Journal of International Law). 2023. Т. 1. № 2. С. 4–31.

<https://doi.org/10.17323/jil.2023.18179>

Введение

В известном деле *Салини против Эфиопии*¹ перед составом арбитража, возглавляемым Э. Гаяром, встал нетривиальный вопрос: связаны ли арбитры выводами государственных судов по месту арбитража об отсутствии у арбитров юрисдикции разрешать спор? В данном деле суды Эфиопии, которая выступала государством-ответчиком и государством места арбитража, вынесли два судебных запрета, предписывающих арбитрам приостановить разбирательство (англ.: *anti-arbitration injunctions*). Ответчик считал, что если арбитры признают компетенцию рассматривать спор вопреки вынесенным запретам, они нарушат свою обязанность вынести исполнимое решение, поскольку будущее арбитражное решение, вероятнее всего, будет отменено в Эфиопии². Состав арбитража признал за собой обязанность прилагать разумные усилия для вынесения исполнимого решения³, однако решил,

¹ *Salini Costruttori S.P.A v. Ethiopia*. ICC Case No. 10623. Award of 7 December 2001.

² *Ibid.* §81–82.

³ *Ibid.* §140.

что доводы ответчика «являются совершенно неверными и, если будут поддержаны, приведут к подрыву соглашения сторон о передаче споров в арбитраж и отказу в правосудии»⁴. В результате арбитры продолжили рассмотрение дела и вынесли решение по существу в пользу заявителя.

Такой подход может вызвать удивление, ведь в дальнейшем суды Эфиопии вполне могут отменить арбитражное решение или отказаться приводить его в исполнение. Исполнимость арбитражного решения нередко ставится практикующими юристами во главу угла при разрешении сложных правовых вопросов⁵. В специализированной доктрине также распространено мнение, что обязанность арбитров вынести исполнимое решение — это главный элемент⁶ и даже смысл существования арбитража⁷ или по меньшей мере отправная точка исполнения арбитром своей функции⁸. В результате обязанность арбитров вынести исполнимое решение становится некой «волшебной таблеткой», чудодейственным средством, которое всегда можно применить вместо анализа более нюансированных юридических концепций.

Ссылки на обязанность вынести исполнимое решение можно встретить как при рассмотрении споров, в которых применим арбитражный регламент, напрямую устанавливающий эту обязанность, так и при рассмотрении споров, в которых применимые источники в принципе ее не упоминают. Вместе с тем какое-либо строгое понимание обязанности вынести исполнимое решение обычно не артикулируется. Ссылки на нее приводятся при рассмотрении практически любых вопросов международного арбитража, начиная с установления юрисдикции и заканчивая существом спора. Не вполне определено и географическое содержание этой обязанности: в каком именно правовом порядке арбитражное решение должно быть исполнимым?

При широком применении обязанности вынести исполнимое решение без определения ее конкретного содержания юристам в области арбитража вообще не требуется проводить собственный юридический анализ: достаточно каждый раз успешно предсказывать подход государственных судов. Например, если спор затрагивает особенно важный интерес государства, в классических судах принято вести речь о так называемых сверхимперативных нормах (нормах непосредственного применения), которые должны действовать независимо от норм применимого права (*lex causae*)⁹. Доктрина сверхимперативных норм может быть задействована и в международном арбитраже, однако с оговоркой о том, что арбитры не имеют *lex fori* и потому в отличие от государственных судов не обязаны автоматически учитывать интерес государства, в котором проводится арбитраж¹⁰. Вместо этого для применения сверхимперативных норм в международном арбитраже разработан более нейтральный юридический тест, предполагающий выбор таких норм исходя из анализа правовых установлений, направленных на защиту публичного интереса, всех потенциально заинтересованных

⁴ Ibid. §146.

⁵ Авторы этой работы несколько лет являются тренерами команды НИУ ВШЭ (кампус в г. Москве), участвующей в конкурсе по международному арбитражу им. Виллема К. Виса, и выступают в роли арбитров. Из года в год команды, участвующие в конкурсе и представляющие различные университеты, ссылаются на неисполнимость будущего решения в качестве аргумента в пользу отклонения арбитрами юрисдикции по спору, при выборе того или иного применимого права либо даже для разрешения спора по существу. Арбитры также нередко по своей инициативе интересуются у сторон, что будет с исполнимостью решения, если они согласятся с тем или иным подходом к разрешению спора. При этом подобные студенческие конкурсы позволяют получить вполне адекватное представление о том, как юристы — причем не только в России, но и по всему миру — мыслят на практике. Например, перед участниками 30-го конкурса им. Виса встал вопрос о действительности арбитражного соглашения, заключенного без согласия министра природных ресурсов и развития, хотя того требовала конституция государства, в котором был инкорпорирован ответчик. Отвечая на данный вопрос, многие команды попытались обосновать применимость этого конституционного требования к арбитражному соглашению и, соответственно, отсутствие у арбитров юрисдикции на рассмотрение дела в связи с недействительностью арбитражного соглашения тем, что суды государства, в котором инкорпорирован ответчик, не приведут в исполнение арбитражное решение, вынесенное в нарушение конституции. Схожей логике были склонны следовать и многие арбитры.

⁶ Lew J. D. M. *Applicable Law in International Arbitration*. Oceana : New York, 1978. P. 537. В России критикуемую нами точку зрения высказывала О. Ф. Засемкова. См. Засемкова О. Ф. *Сверхимперативные нормы: теория и практика*. М. : Инфотропик Медиа. 2018. Гл. 3 («одной из основных обязанностей арбитров является вынесение исполнимого решения»). См. также Аксенов А. Г. *Правовое регулирование международных коммерческих контрактов в условиях экономических санкций* // Вестник арбитражной практики. 2020. № 5. С. 86–100; *Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010* / пер. с англ. А. С. Комарова. М. : Статут. 2013. С. 13–14 (указывается на обязанность вынести исполнимое решение в контексте обязанности арбитров применять сверхимперативные нормы третьих стран, что, на наш взгляд, некорректно, поскольку эта обязанность не зависит от исполнимости решения, а является частью обязанности арбитров по разрешению спора согласно применимому праву).

⁷ Schwartz E. A., Derains Y. *A Guide to the New ICC Rules of Arbitration*. Kluwer Law International, 1998. P. 353.

⁸ Newman L. W., Hill R. D. *Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration*. Juris Publishing, Inc., 2014. P. 67.

⁹ О сверхимперативных нормах см., например, Засемкова О. Ф. *Указ.соч.* 2018; Асосков А. В. *Основы коллизионного права*. М. : М-Логос. 2017. С. 139–195.

¹⁰ Жильцов А. Н. *Императивные нормы в международном коммерческом арбитраже* // Вестник международного коммерческого арбитража. 2004. № 2. С. 16–42.

правопорядков¹¹. Однако этот тест становится все менее востребован на практике: ведь всегда можно сослаться на обязанность вынести исполнимое решение и выяснить, будет ли решение отменено или не признано в той или иной юрисдикции.

Подобная оглядка на позицию государственных судов опасна. Она способна подорвать саму суть существования международного арбитража как альтернативы классическому правосудию. Если в каждом споре состав арбитража будет стремиться предсказать, как государственный суд отнесется к его выводам, арбитраж, по сути, мимикрирует под государственные суды. А разрешение спора государственными судами — как раз то, чего стороны хотели избежать, заключив арбитражное соглашение.

В настоящей статье мы продемонстрируем, что сфера действия обязанности арбитров вынести исполнимое решение должна иметь ограниченные пределы и не может поглощать другие правовые институты. Это касается как инвестиционного, так и коммерческого арбитража, поскольку решения арбитров по таким делам подлежат принудительному исполнению и могут быть отменены¹². В некотором смысле обсуждение исполнимости актуально и в классическом межгосударственном арбитраже¹³, однако в этом контексте обязанность вынести исполнимое решение обсуждается редко.

В первом разделе статьи мы анализируем вопрос о том, откуда берет начало обязанность вынести исполнимое решение. Будет обосновано, что она производна от воли сторон и телеологически направлена на защиту их интересов, но не интересов государств или арбитров, рассматривающих спор. Поэтому, если истец (заявитель) готов принять на себя риск неисполнимого решения, в большинстве случаев данная обязанность теряет свою актуальность.

Во втором разделе критической оценке подвергнутся три типовые практические ситуации, в которых стороны ссылаются на обязанность вынести исполнимое решение: установление юрисдикции по спору, выбор применимого права, рассмотрение спора по существу. Мы продемонстрируем, что вопрос об исполнимости решения не имеет самостоятельного значения ни в одной из этих ситуаций, поскольку они подлежат разрешению на основании норм права.

В третьем разделе будет рассмотрен вопрос о том, каково реальное место обязанности вынести исполнимое решение в международном арбитраже. Мы докажем, что ссылки на эту обязанность уместны лишь для восполнения пробелов в применимых правилах арбитража и преимущественно по вопросам арбитражной процедуры, а не материального права. При этом с географической точки зрения эта обязанность по общему правилу ограничена местом арбитража, но не иными юрисдикциями, где потенциально может запрашиваться принудительное исполнение решения.

¹¹ См. Жильцов А. Н. *Применимое право в международном коммерческом арбитраже: императивные нормы*: дис. ... канд. юрид. наук. М., 1998.

¹² Как правило, арбитражные решения по международным инвестиционным спорам действуют так же, как и решения в международном коммерческом арбитраже: они могут быть отменены по месту арбитража и приведены в исполнение в соответствии с положениями Конвенции ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 1958 год). Иной режим действует только в отношении решений, вынесенных в Международном центре по урегулированию инвестиционных споров: такие решения могут быть отменены *ad hoc* комитетом по аннулированию (а не государственным судом), и им придается такая же сила, как окончательным решениям, вынесенным государственным судом (потому обращение за приведением в исполнение не требуется). См. Конвенция об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств (Вашингтон, 1965 год) (далее — Конвенция МЦУИС). Ст. 52 и 54. У инвестиционных арбитражей по Конвенции МЦУИС нет места арбитража и *lex arbitri*, однако в качестве права, применимого к вопросам арбитражной процедуры, выступает международное процессуальное право, включая саму Конвенцию МЦУИС. О различиях между правовым режимом инвестиционных арбитражей по Конвенции МЦУИС и других инвестиционных арбитражах см., например, Ксенофонтов К. Е. *Экспроприация собственности иностранного инвестора в международном инвестиционном праве*: дис. ... канд. юр. наук. М., 2015. Далее для краткости мы будем обсуждать только арбитражи с местом арбитража (и потому с конкретным *lex arbitri*), однако наши выводы применимы и к арбитражам по Конвенции МЦУИС *mutatis mutandis*.

¹³ У классических межгосударственных арбитражей обычно нет места арбитража, а у государственных судов нет полномочий по осуществлению над ними контроля. Однако вопрос об их юридической действительности может быть оценен другим международным судом, имеющим юрисдикцию (например, Международным Судом), в рамках рассмотрения другого спора (англ.: *collateral attack*). См., например: ICJ. *Arbitral Award of 31 July 1989 (Guinea-Bissau v Senegal)*. Judgment of 12 November 1991. §47–52. В связи с этим и в таких арбитражах теоретически может быть заявлен аргумент о том, что решение не будет признано в рамках последующих разбирательств каким-либо авторитетным органом. Большинство выводов, описываемых в настоящей статье, также фундаментально применимы к подобным ситуациям *mutatis mutandis*.

1. Откуда следует обязанность вынести исполнимое решение, и чьим интересам она служит?

1.1. Нормативный источник обязанности вынести исполнимое решение

Многие авторы сходятся во мнении, что обязанность вынести исполнимое решение в международном арбитраже действительно существует¹⁴. В упомянутом выше деле *Салини против Эфиопии* состав арбитража отметил, что данная обязанность является «общепризнанным принципом международного арбитража»¹⁵. И даже авторы, выступающие с явной критикой этой обязанности, скорее не удовлетворены тем, как она применяется на практике и в каком контексте на нее обычно ссылаются правоприменители и стороны, нежели не согласны с тем, что данную обязанность следует признавать¹⁶. В то же время юристы, ссылающиеся на обязанность арбитра вынести исполнимое решение, редко обосновывают, из какого именно источника она следует.

Эта обязанность, как правило, прямо не закреплена в национальных законах, регулирующих международный арбитраж¹⁷, но нашла отражение в арбитражных регламентах ряда международных арбитражных институтов. Например, статья 42 Арбитражного регламента Международной торговой палаты предусматривает: «во всех вопросах, прямо не урегулированных настоящим Регламентом, Суд и Состав арбитража <...> прилагают все усилия для того, чтобы убедиться, что Арбитражное решение является юридически исполнимым»¹⁸. Похожее положение закреплено в Регламенте Лондонского международного третейского суда (далее — ЛМТС): «По всем вопросам, прямо не предусмотренным в Арбитражном соглашении, Суд ЛМТС, ЛМТС, Регистратор, Состав арбитража, любой секретарь состава арбитража и каждая из сторон <...> должны прилагать все разумные усилия для обеспечения юридического признания и принудительного исполнения арбитражного решения в месте проведения арбитражного разбирательства»¹⁹. Данная обязанность также закреплена в Арбитражном регламенте Арбитражного института торговой палаты Стокгольма²⁰ и Арбитражном регламенте Международного арбитражного центра в Сингапуре²¹.

Однако даже в случаях, когда обязанность вынести исполнимое решение прямо не упомянута в законе или арбитражных правилах, ее источником обычно считается само арбитражное соглашение²². Выбирая арбитраж в качестве способа разрешения споров, стороны ожидают, что вынесенное решение будет исполнимым²³. В международном контексте возможность приведения решения в исполнение по Конвенции ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 1958 год) (далее — Нью-Йоркская конвенция), к которой присоединились

¹⁴ См., например, Blackaby N., Partasides C., et al. *Redfern and Hunter on International Arbitration (Seventh Edition)*. 7th edition. Oxford University Press. 2023. §11.08; Born G. B. *International Commercial Arbitration (Third Edition)*. 3rd edition. Kluwer Law International. 2021. P. 2136; Waincymer J. *Procedure and Evidence in International Arbitration*. Kluwer Law International. 2012. P. 97; Панов А. А. *Принцип «jura novit curia» в международном коммерческом арбитраже* // Новые горизонты международного арбитража / под ред. А. В. Асоскова, Н. Г. Вилковой, Р. М. Ходыкина. Москва, Берлин : Инфотропик Медиа. 2013. Выпуск 1. С. 278, 288–289; Чупрунов И. С. *Арбитрабельность: применимое право и влияние со стороны сверхимперативных норм* // Там же. С. 338.

¹⁵ *Salini Costruttori S.P.A v. Ethiopia*. §140.

¹⁶ Boog C., Moss V. *Arbitrability, Foreign Mandatory Law and the Lazy Myth of the Arbitral Tribunal's Obligation to Render an Enforceable Award: A Case Note on Swiss Federal Supreme Court Cases 4A_654/2011 and 4A_388/2012*. ASA Bulletin. 2013. Vol. 31. № 3. P. 658.

¹⁷ В России закон, регулирующий внутренний арбитраж, закрепляет, что «стороны и третейский суд прилагают все усилия к тому, чтобы арбитражное решение было юридически исполнимо». См.: Федеральный закон «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» от 29.12.2015 № 382-ФЗ. Ст. 38.

¹⁸ *ICC Rules of Arbitration*. 2021. Art. 42. URL: <https://iccwbo.org/dispute-resolution/dispute-resolution-services/arbitration/rules-procedure/2021-arbitration-rules/#block-accor-dion-42> (дата обращения: 04.06.2023).

¹⁹ *LCIA Arbitration Rules*. 2020. Art. 32.2. URL: https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx (дата обращения: 04.06.2023).

²⁰ *Arbitration Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce*. 2017. Art. 2(2). URL: https://sccarbitrationinstitute.se/sites/default/files/2022-11/arbitrationrules_eng_2020.pdf (дата обращения: 04.06.2023).

²¹ *SIAC Rules* 2016. Art. 41.2. URL: <https://siac.org.sg/siac-rules-2016> (дата обращения: 06.06.2023).

²² Авдулова А. Е. *Обязанность арбитра вынести исполнимое решение в международном коммерческом арбитраже* // Молодой ученый. 2019. № 22 (260). С. 266. Данная точка зрения поддерживается также в следующих работах: Platte M. *An Arbitrator's Duty to Render Enforceable Awards* // Journal of International Arbitration. Vol. 20. № 3. 2003. P. 308; Donovan D. F., Greenawalt A. K. A. *Mitsubishi After Twenty Years: Mandatory Rules Before Courts and International Arbitrators* // Pervasive Problems in International Arbitration / ed. by L. Mistelis, J. Lew. International Arbitration Law Library. Vol. 15. 2006. P. 56.

²³ Как верно подметил В. Парк, «спорящие стороны обычно надеются, что арбитражный процесс приведет к чему-то большему, чем просто лист бумаги». Park W. W. *The Four Musketeers of Arbitral Duty: Neither One-For-All nor All-For-One* // Is Arbitration only As Good as the Arbitrator? Status, Powers and Role of the Arbitrator / ed. by Y. Derains, L. Lévy. Dossiers of the ICC Institute of World Business Law. Vol. 8. 2011. P. 27.

172 государства, является одним из преимуществ выбора арбитража в качестве форума для разрешения споров по сравнению с государственными судами²⁴.

Но что именно понимается под этой обязанностью? Опираясь на тексты арбитражных регламентов и практики арбитражей, выделим два подхода: исполнимость может пониматься либо в абстрактном смысле (исходя из общих требований к арбитражному решению, которые разделяются правопорядками на международном уровне)²⁵, либо в привязке к конкретному правопорядку²⁶. В последнем случае исполнимость понимается либо как риск отмены решения по месту арбитража, либо как риск отказа в признании или исполнении арбитражного решения третьими государствами, например государством места нахождения ответчика.

Как будет показано в разделе 2 далее, наиболее проблемным на практике оказывается понимание исполнимости арбитражного решения в привязке к конкретному правопорядку (то есть второй подход): именно в этом значении на обязанность вынести исполнимое решение обычно ссылаются стороны. Во многом это связано с тем, что обязанность вынести исполнимое решение в абстрактном смысле достаточно «беззубая»: при выделении общих требований к арбитражному решению, признаваемых на международном уровне в целом, обычно оказывается, что эти требования неотличимы от правил, регулирующих арбитражную процедуру. Например, право сторон на представление своей позиции (англ.: *right to present the case*) и необходимость уведомить ответчика об арбитражном разбирательстве и так следуют из мандата арбитров разрешить спор в определенной процессуальной форме. При обсуждении данных правил ссылка на обязанность вынести исполнимое решение не требуется и носит характер аналитического «шума»²⁷. Поэтому исполнимость решения в абстрактном смысле во многом представляет собой лозунг-напоминание о необходимости разрешить спор справедливо и не имеет реального нормативного влияния.

По этим причинам в данной работе мы будем исходить из того, что обязанность вынести исполнимое решение существует, однако наш анализ будет преимущественно сконцентрирован на обязанности вынести исполнимое решение с привязкой к конкретному правопорядку.

1.2. Интересы, для защиты которых существует обязанность вынести исполнимое решение

Помимо того, что юристы, ссылающиеся на исполнимость решения, редко обосновывают, какой именно правовой источник предполагает обязанность арбитров вынести исполнимое решение, они часто упускают из виду то, зачем эта обязанность в принципе существует и чьим именно интересам она служит. Между тем это фундаментальный вопрос для определения пределов этой обязанности. Если обязанность существует только для защиты интересов спорящих сторон, вполне очевидно, что арбитры не могут сослаться на нее вопреки их воле. Если же обязанность существует также для защиты интересов общества и государства либо самих арбитров, то она может быть актуальной независимо от желания спорящих сторон.

Во многом ответ на этот вопрос уже следует из описанного нами выше нормативного источника обязанности вынести исполнимое решение. Поскольку источник данной обязанности — это воля

²⁴ Это объясняется тем, что в мире нет универсального международного соглашения о признании и приведении в исполнение иностранных судебных решений, к которому, как к Нью-Йоркской конвенции, присоединились бы почти все государства мира. В 2019 году Гагская конференция по международному частному праву разработала Конвенцию о признании и приведении в исполнение иностранных судебных решений по гражданским и торговым делам (Гаага, 2019 год). Она вступает в силу в 2023 году, однако к ней пока присоединилось ограниченное число государств (Российская Федерация подписала, но не ратифицировала данную конвенцию). Об этом проекте Гагской конференции см., например, Гальперин М. Л. *Исполнительное производство: учебник для вузов*. М. : Юрайт. 2021. С. 88. По этой причине в большинстве юрисдикций признание и приведение в исполнение судебных решений возможно либо в силу принципа взаимности (наличие которой установить достаточно затруднительно), либо если между государством вынесения решения и государством приведения в исполнение заключено соответствующее двустороннее соглашение.

²⁵ Именно в таком значении, видимо, понимается исполнимость арбитражного решения в регламенте Международного арбитражного центра в Сингапуре (SIAC). См.: Choong J., Mangan M., et al. *A Guide to the SIAC Arbitration Rules (Second Edition)*. 2nd ed. Oxford University Press. 2018. P. 306 (“As for enforceability, the SIAC President, SIAC Court members, the Registrar, and the tribunal must perform their functions with a view to ensuring that any award that is rendered is enforceable. That is not to say that these individuals are expected to know all the formal requirements for the enforceability of an award in any given country. It can be expected, however, that they will have regard for certain standards which are common to most countries’ regimes for the enforcement of awards, and indeed are reflected in the New York Convention and the 1985 UNCITRAL Model Law.”).

²⁶ Напрямую отсылка к месту арбитража упомянута в регламенте Лондонского международного третейского суда. LCIA Arbitration Rules. 2020. Art. 32.2. URL: https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx (дата обращения: 04.06.2023).

²⁷ Например, следует ссылаться на право сторон представить свою позицию напрямую вместо ссылок на неисполнимость решения, в случае если арбитры не предоставят стороне право представить свою позицию.

самих сторон (которая может быть выражена либо напрямую путем выбора арбитражных правил, предусматривающих данную обязанность, либо подразумеваемым образом), эта обязанность в первую очередь защищает частнопредпринимательский интерес самих спорящих сторон. Если арбитры считают, что вынесение определенного решения соответствует применимому праву, обычно нет никаких причин принимать во внимание риск того, что с толкованием арбитров может не согласиться тот или иной государственный суд (в результате чего решение может оказаться неисполнимым), — при условии, что этот риск принимают сами стороны²⁸.

О состоятельности такого подхода свидетельствует и то, что основной функцией правосудия выступает не принуждение, но разрешение споров о праве путем конкретизации объективного права применительно к фактам конкретного дела (*jurisdiction*). Этот подход является классическим и для национальной науки гражданского процесса²⁹, и тем более для международного права. Международное правосудие в принципе зарождалось для разрешения добросовестных споров о праве, а не для понуждения ответчика к тому или иному поведению вопреки его воле³⁰. При этом отсутствие у классических международных судов принципиальной возможности понудить ответчика к тем или иным действиям не означает, что эти суды не осуществляют правосудие, и потому не влияет на процесс принятия ими решений по существу спора. Ценность таких решений — даже если они остаются неисполненными — в окончательном определении судом того, как абстрактная норма права реализуется в конкретных фактических обстоятельствах³¹. Кроме того, статистически большинство решений международных судов исполняется добровольно, в связи с чем акцент на принуждение лишен не только теоретической, но и практической основы³². Неслучайно термин «юрисдикция», которым описывается природа судебной власти, означает не принуждение, а «власть говорить право».

Поэтому и в арбитраже сам по себе риск того, что с арбитрами не согласится государственный суд (даже если вероятность этого сценария крайне высока, как в описанном нами деле *Салини против Эфиопии*), не может быть основанием для того, чтобы арбитры отказали стороне в судебной защите и опирались на мнение государственных судов. В конце концов, даже если решение будет отменено по месту арбитража, оно все равно в некоторых случаях может быть исполнено³³. Кроме того, решения международных арбитражей исполняются добровольно даже чаще, чем решения классических международных судов³⁴. Во многом это объясняется экономическими соображениями: нежеланием сторон делать спор публичным (что предполагает процедура выдачи экзекватуры в целом ряде правопорядков), заботой о репутации в международной среде, низкой вероятностью успешного оспаривания арбитражного решения в большинстве развитых юрисдикций, а также расходами на ведение процесса в государственном суде, которые часто несоизмеримы вероятности успеха.

Конечно, в некоторых случаях отмена арбитражного решения или отказ в его исполнении может сказаться на репутации арбитра или арбитражного учреждения. Однако данный интерес арбитра или арбитражного учреждения не должен иметь приоритет над обязанностями арбитра перед сторонами

²⁸ См., например, Swiss Federal Supreme Court. Case No. 4A_388/2012. Decision of 18 March 2013 (“it is therefore the parties’ responsibility to weigh such a risk [of unenforceability]”).

²⁹ См., например, *Гражданский процесс. Хрестоматия: Учебное пособие*. 3-е изд. / под ред. М. К. Треушников. М. 2015. С. 414 («по идее своей суд только и может или признавать, или не признавать известные права; ему свойственна лишь *jurisdiction*; никаких принудительных мер в интересе правообладателя, ради осуществления признанного им права, он не принимает; *imperium* он в этом смысле не проявляет»). Принуждение осуществляют не суды, а другие органы. Поэтому принуждение — лишь возможный добавочный продукт, следствие отправления правосудия, но не его имманентная характеристика.

³⁰ Для более подробного обзора истории международного правосудия см., например, Сибатян А. С. *Решения органов международного правосудия в системе международного публичного права*. М., 2012. §1.1.

³¹ Подобный подход к судебному решению является классическим. Например, Т. М. Яблочков указывал, что «решению принадлежит авторитет закона (*lex specialis*); как законодатель возглашает нормы *in abstracto*, так судья возглашает в своем решении норму *in concreto*, должностную определить правоотношение между сторонами» (подчеркивание наше. — А.А., В.К.). См. Яблочков Т. М. *Учебник русского гражданского судопроизводства*. Ярославль, 1912. Цит. по: *Гражданский процесс. Хрестоматия* / ред. Треушников М. К. М.: Городец, 2015. С. 546.

³² См. Warioba J. *Monitoring Compliance with and Enforcement of Binding Decisions of International Courts* // Max Planck Yearbook of United Nations Law. 2001. Vol. 5. P. 50.

³³ Об этом см., например, Darwazeh N. Article V(1)(e) // *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* / ed. by H. Kronke, P. Nacimiento, et al. 2010. P. 301–379. Ярким примером является Франция, суды которой принимают собственный анализ исполнимости отмененных решений по правилам национального права, которые более благоприятны, чем правила Нью-Йоркской конвенции.

³⁴ Gaillard E., Penushliski I. *State Compliance with Investment Awards* // *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*. Vol. 35. 2020. № 3. P. 540–594; Mistelis L., Baltag C. *Recognition and Enforcement of Arbitral Awards and Settlement in International Arbitration: Corporate Attitudes and Practices* // *The American Review of International Arbitration*. Vol. 18. 2008. P. 322.

спора, которые заключаются в разрешении спора по собственному убеждению, независимо от того, как это решение воспримут третьи лица (включая государственные суды).

Стремление арбитров вынести решение, которое не будет отменено (даже несмотря на интересы сторон), во многом неизбежно в силу тех экономических стимулов, которые действуют на рынке разрешения споров. Как правило, арбитр заинтересован в том, чтобы его назначали для разрешения и других дел (как те же самые стороны, так и другие игроки рынка)³⁵. При этом, поскольку арбитраж ценится в том числе за исполнимость решений³⁶, арбитры действительно имеют некоторые основания опасаться за свою репутацию в глазах других игроков арбитражного рынка в случае, если их решение будет отменено и об этом станет известно³⁷.

Однако в этом смысле арбитраж мало чем отличается от классического государственного правосудия: не секрет, что государственные судьи также беспокоятся о том, чтобы их решение не отменил суд апелляционной или другой вышестоящей инстанции³⁸. Но если бы государственный суд мотивировал судебные акты нежеланием их отмены судом вышестоящей инстанции, это бы было явно неприемлемым³⁹. Неприемлемыми были бы даже ссылки самих сторон на то, что их спор следует решить определенным образом исключительно ввиду риска отмены решения вышестоящим судом. Однако в арбитраже сложилась парадоксальная ситуация: ссылки на исполнимость решения оказались частью юридического дискурса, как если бы исполнимость решения была не внеправовым стимулом (который нужно учитывать, но который сам по себе не является аргументом при разрешении конкретного спора), а полноценным правовым аргументом.

Тот факт, что арбитры не обязаны равняться на государственные суды, не означает, что они принимают концепцию «делокализации» арбитража⁴⁰. Отсутствие подобной обязанности в полной мере характерно и для концепций локализации арбитража: арбитры, будучи связанными правовыми нормами *lex arbitri* по вопросам процедуры, тем не менее не входят в судебную систему страны места арбитража и поэтому не связаны решениями местных судов⁴¹, если они расходятся с их собственным толкованием применимого права. В связи с этим заслуживает критики свойственная российскому арбитражу тенденция ссылаться на решения российских государственных судов без должного обоснования их применимости, как если бы арбитраж был судом первой инстанции в рамках судебной системы Российской Федерации.

Означает ли это, что арбитры могут полностью игнорировать доктрину и судебную практику, сложившуюся в национальном правовом порядке? Нет, не означает. Конечно, право не следует понимать сугубо как текст законодательных положений. Применимое право включает не только законодательные тексты, но и все то, что в зарубежной доктрине нередко именуют «юриспруденцией» (англ.: *jurisprudence*), то есть сложившиеся взгляды на право, выражающиеся в том числе в доктрине и судебной практике⁴². Поэтому арбитры должны учитывать доктрину и практику в отношении права,

³⁵ Posner R. A. *What Do Arbitrators Maximize? // Law and Economics of International Arbitration / ed. by P. Nobel, K. Krehan, P. von Ins. Schulthess. 2014. P. 123* (“the arbitrator, if he’s a career arbitrator, has to consider what effect his decision is going to have on the future demand for his service”). Подобные стимулы имеют и преимущества, поскольку они повышают вероятность того, что арбитры будут действовать не только в интересах спорящих сторон, но и в интересах общества в целом.

³⁶ См., например, Nyarko J. *We’ll See You in... Court! The lack of arbitration clauses in international commercial contracts // International Review of Law and Economics. 2019. Vol. 58. P. 6–24* (“The results suggest that arbitration clauses are less frequently adopted than clauses referring parties to the domestic court system. If they are included, arbitration clauses serve the specific purpose of strategically reducing the discretion granted to the courts enforcing the decision. Absent serious threats to enforcement, parties prefer courts over arbitration, making arbitration a second-best-alternative to a well-functioning domestic judiciary”).

³⁷ Это опасение особенно актуально в свете того, что издержки третьих лиц, связанные с тем, чтобы проанализировать причины отмены и выяснить, действительно ли отмена свидетельствует о низком качестве работы арбитра, высоки.

³⁸ Drahozal C. R. *Judicial Incentives and the Appeals Process // SMU Law Review. 1998. Vol. 51. P. 469*. Во многом подобные мотивации следуют из человеческой природы: их можно лишь направить на пользу общества (разработав процессуальные механизмы, учитывающие эти особенности человеческого мышления и синхронизирующие интересы судьи и общества), но нельзя свести на нет. См. также Posner R.A. *What Do Judges and Justices Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does) // Supreme Court Economic Review. 1993. Vol. 3. № 1. P. 14–15*.

³⁹ Особенно в системе, где отсутствует формальный прецедент как источник права.

⁴⁰ Плеханов В. В., Усоскин С. В. *Автономия международного коммерческого арбитража: к вопросу о координации между различными юрисдикциями в процессе признания и приведения в исполнение решений международного коммерческого арбитража // Вестник международного коммерческого арбитража. 2012. № 1. С. 31–60*.

⁴¹ Это справедливо даже в случае, если применимо право, в котором судебный прецедент является первичным источником права, как в англосаксонских юрисдикциях, и вызвано тем, что прецедент также является формально обязательным только для судов той же судебной системы, к которой не относятся арбитры (независимо от места арбитража и применимого права). См., например, Berger K. P. *The International Arbitrators’ Application of Precedents // Journal of International Arbitration. 1992. Vol. 9. №. 4. P. 15*.

⁴² Применительно к государственным судам данный принцип закреплен, в частности, в п. 1 ст. 1191 ГК РФ (установление содержания норм иностранного права). Данная норма к арбитражу напрямую не применима. Однако общая методология определения содержания применимого права в арбитраже тождественна государственному суду и основана на ожиданиях сторон при выборе применимого права. См., например, Born G. B. *International Commercial Arbitration...* P. 3501. Иное

которое они считают применимым к разрешению того или иного вопроса. Однако речь здесь идет не об обязанности вынести исполнимое решение, а об обязанности арбитров правильно установить содержание применимого права. Эта обязанность зависит не от рисков отмены (или непризнания) арбитражного решения государственными судами. Она входит в круг обязанностей по разрешению спора по применимому праву, которые возложены на арбитров сторонами. Например, арбитры, применяющие право Индии, должны учитывать то, как это право применяется в Индии, даже если решение не будет исполняться в Индии и Индия не является местом арбитража⁴³. При этом, учитывая международную специфику споров, разрешаемых в арбитраже, арбитры в ряде случаев должны сделать вывод о неприменимости тех или иных национальных подходов к конкретным обстоятельствам дела, используя различную юридическую аргументацию (включая методологию различения (англ: *distinguishing*) фактов тех или иных судебных дел)⁴⁴.

Это не означает, что при разрешении споров арбитры должны игнорировать публичный интерес или право национальных государств, которые могут быть затронуты исходом спора. Но важно, что надлежащим инструментом учета публичных интересов и интересов государств будет выступать не обязанность вынести исполнимое решение (которая, как отмечалось, является частноправовой по природе), а доктрина применения в арбитраже сверхимперативных норм (норм непосредственного применения, которые надлежит учитывать независимо от выбранного права).

Методология выбора арбитрами применимых сверхимперативных норм не имеет прямого отношения к вопросу о том, где будет принудительно исполняться судебное решение. Поскольку арбитры не входят в систему государственных судов какого-либо конкретного правопорядка, они должны определять круг применимых сверхимперативных норм нейтральным по отношению ко всем государствам образом — для международных арбитров регулирование каждого государства равноудалено. Применимость сверхимперативных норм зависит от анализа арбитрами интереса государства в применении своей нормы права к спору, целей, которые она преследует, метода, с помощью которого эта норма достигает свои цели, а также последствий, к которым приведет ее применение⁴⁵. Такой анализ во многом направлен на проверку соответствия сверхимперативных норм заинтересованных государств признаваемым в международном сообществе ценностям, а также общепризнанным пространственным пределам регулирования тех или иных отношений национальными государствами.

При этом конкретное государство может не иметь возможности отменить решение или не признать его, но его интересы все равно должны подлежать учету арбитрами, если сверхимперативные нормы такого государства применимы исходя из описанной методологии. Например, если между сторонами, учрежденными в странах А и Б соответственно, заключено картельное соглашение, предполагающее скоординированные действия сторон в стране В, антимонопольное законодательство страны В может подлежать применению в арбитраже по правилам о сверхимперативных нормах⁴⁶. Это верно даже в случае, если место арбитража и активы сторон спора находятся вне страны В, в связи с чем арбитражное решение никогда не окажется предметом проверки государственных судов страны В⁴⁷.

означало бы, как верно отмечает М. Л. Гальперин, что у российского или другого права есть «как вариант “для внутреннего употребления”, так и “экспортный” вариант. При этом “экспортный” вариант может иметь множество вариаций, в зависимости от того, какой из международных трибуналов его истолковал». Гальперин М. Л. *Политизация права или легализация политики? О justiciability и доктрине «политического вопроса» на примере международного правосудия II* Международное правосудие. 2020. № 4 (36). С. 45–58.

⁴³ Напротив, если Индия выступает местом арбитража или местом исполнения арбитражного решения, этот факт сам по себе не означает, что практика государственных судов Индии должна учитываться арбитрами при вынесении решения, если арбитры не сочтут право Индии применимым согласно правилам выбора права в международном арбитраже (об этом см. раздел 2.2 ниже).

⁴⁴ Например, арбитры могут сделать вывод, что тот или иной сложившийся в национальной практике подход не применим для международной торговли, поскольку выносился сугубо во внутреннем контексте (что, безусловно, требует обоснования и подтверждения). Born G. B. *International Commercial Arbitration*... P. 3501.

⁴⁵ Жильцов А. Н. *Применимое право*... С. 179–182.

⁴⁶ Антимонопольное законодательство страны В, запрещающее картельный сговор, вероятно, будет квалифицировано как сверхимперативная норма, поскольку оно преследует публичный интерес в качестве цели первого уровня. При этом В, очевидно, имеет признаваемый в международном сообществе интерес в таком споре (обществу страны В может быть причинен прямой ущерб в результате действий сторон спора), цели таких норм (защита рынка) являются международно признанными и адекватными сложившейся ситуации, методы их достижения (запрет картельных сговоров) соответствуют подходам большинства стран, а последствия применения норм антимонопольного права В не будут предполагать ущемление прав сторон, учитывая, что в данном примере они обе действовали умышленно и не могли ожидать, что картельный сговор в ущерб интересам В будет признан действительным в арбитраже.

⁴⁷ Руководствуясь схожей логикой, Верховный Суд США в известном деле *Митсубиши* признал арбитрабельными споры о недействительности договора, противоречащего конкурентному законодательству США. Суд позволил сторонам разрешить данный спор в арбитраже с местом нахождения в Японии, несмотря на то что активы сторон находились в различных

Альтернативным основанием для учета арбитрами публичного интереса в подобных случаях может быть доктрина транснационального публичного порядка, которая не зависит от права конкретного государства. В отличие от оговорки о национальном публичном порядке в ст. V Нью-Йоркской конвенции⁴⁸ она не является основанием для отказа государствами в признании арбитражных решений, а непосредственно накладывает на арбитров обязанность обеспечить при разрешении спора соблюдение тех или иных фундаментальных принципов, свойственных международному сообществу в целом⁴⁹.

Таким образом, обязанность арбитров вынести исполнимое решение существует, но не может реализовываться в противовес воле спорящих сторон. Если стороны принимают на себя риск неисполнимости решения, то арбитры обязаны вынести решение, которое соответствует применимому праву в том его истолковании, какое они считают правильным (конечно, с учетом доводов сторон), а также их собственной оценке доказательств (с учетом применимых правил процедуры и доводов сторон). При этом интересы государств подлежат защите при помощи иных правовых инструментов, которые не имеют отношения к обязанности арбитров вынести исполнимое решение.

1.3. Коллизия между частными интересами сторон спора

Вывод о том, что обязанность вынести исполнимое решение направлена исключительно на учет интересов самих спорящих сторон, ставит следующий вопрос: что следует делать арбитрам, если на эту обязанность ссылается только одна сторона (обычно это ответчик), в то время как другая сторона (обычно это истец) заявляет о готовности принять риск неисполнимости решения?

На первый взгляд, ответ в такой ситуации более-менее очевиден: у ответчика, не заявляющего собственных требований, нет заслуживающего защиты интереса в исполнимости решения, его неисполнимость может быть для него лишь благом. Однако при более внимательном рассмотрении проблемы, конечно, оказывается, что этот тезис не вполне корректен. Отмена вынесенного арбитражного решения влечет для ответчика риск того, что он понесет лишние расходы на арбитражное разбирательство, возмещение которых может быть затруднительно (особенно если окажется, что арбитражная оговорка в принципе была недействительна). Кроме того, ответчика может волновать, что государственный суд отменит решение об отказе в исковых требованиях истца, вынесенное в пользу ответчика.

Вместе с тем в большинстве случаев интерес ответчика все же не может перевесить интерес истца в судебной защите. Если выбирать между вышеуказанными довольно ограниченными рисками для

странах, в силу чего было также вероятно, что итоговое арбитражное решение никогда бы не приводилось в исполнение на территории США. См. *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.* 473 U.S. 614. Арбитры обязаны применять сверхимперативные нормы не потому, что иначе их решение не будет исполнено, а потому, что это предполагает юрисдикционную функцию, которую они на себя берут, принимая назначение, а также их обязанность (прямо предусмотренная большинством процедурных правил) осуществить выбор права и разрешить спор с применением норм права.

⁴⁸ Даже в случаях, когда в целях ст. V Нью-Йоркской конвенции ведут речь о «международном» публичном порядке, на самом деле подразумевается национальный публичный порядок конкретной страны — но лишь в той его части, которая применима для споров с иностранным элементом. Теория же транснационального (или подлинно международного) публичного порядка предполагает, что арбитры не связаны пониманием публичного порядка, свойственным какой-либо конкретной стране, а обязаны следовать пониманию, сложившемуся в международном сообществе в целом. См. Lalive P. *Transnational (or Truly International) Public Policy in International Arbitration* // *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration* / ed. by P. Sanders. New York. 1987. P. 258–318; Renner M. *Towards a Hierarchy of Norms in Transnational Law?* // *Journal of International Arbitration*. 2009. Vol. 26. № 4. P. 533–555.

⁴⁹ Анализ содержания «транснационального публичного порядка» во многом методологически схож с определением содержания норм *jus cogens* в международном публичном праве — это подвижная категория, которая зависит от практики и признания со стороны международных акторов. См., например, Sheppard A. *Interim ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards* // *Arbitration International*. 2003. P. 217–248, 220; Chong A. *Transnational public policy in civil and commercial matters* // *Law Quarterly Review*. 2012. P. 88–113. Research Collection School Of Law. De Brabandere E. *The (Ir)relevance of Transnational Public Policy in Investment Treaty Arbitration – A Reply to Jean-Michel Marcoux* // *The Journal of World Investment & Trade*. 2020. Vol. 21. № 6. P. 847–866. Однако к транснациональному публичному порядку, бесспорно, относятся, например, нормы о запрете коррупции, в силу чего арбитры должны, в частности, отказать в принудительном исполнении договора о посредничестве во взяточничестве или ином аналогичном договоре, если имеются основания предполагать, что коррупция имела место в связи с его заключением (независимо от того, нарушают ли конкретные действия антикоррупционное законодательство какого-либо конкретного государства). См., например, *World Duty Free Co. Ltd v. Republic of Kenya*. ICSID Case No. ARB/00/7. Award of 4 October 2006. В целях выявления арбитрами фактов коррупции без участия национальных уголовных органов нередко используется методология поиска «красных флагов» (англ.: *red flags*), которая, по своей сути, означает вполне обычную для различных споров методологию установления фактов при помощи косвенных доказательств и логических умозаключений (англ.: *inferences of fact*). Об этом см., например, Стратис Г. *Международный инвестиционный арбитраж, связанный с вопросами взяточничества и коррупции: некоторые предварительные соображения* // *Международное правосудие*. 2020. № 1. С. 24–32.

ответчика и отказом истцу в полноценной судебной защите только по причине того, что решение может с определенной долей вероятности оказаться неисполнимым, напрашивается вывод о том, что интересы истца, как правило, преобладают. На это вполне справедливо указывается и в авторитетном комментарии к Арбитражному регламенту ЛМТС: «Вполне обычна ситуация, в которой истец принимает на себя риски, связанные с принудительным исполнением. Истец может в полной мере понимать, что решение в его пользу не будет исполнимо в том месте, в котором, наиболее вероятно, будет запрашиваться принудительное исполнение. Однако могут быть другие юрисдикции, в которых у ответчика имеются активы, и в любом случае истцу может потребоваться арбитражное решение по какой-либо иной причине, например, для заявления требований по полису страхования»⁵⁰.

Руководствуясь схожей логикой, в деле *Химпурна против Индонезии* состав арбитража вынес решение, несмотря на очевидность того, что суды Индонезии откажут в признании арбитражного решения. Однако поскольку истец заявил о желании продолжить разбирательство, арбитры вынесли решение по существу спора⁵¹. Показательно, что в комментарии к Арбитражному регламенту ЛМТС указывается: подобный исход справедлив не только для арбитража по правилам ЮНСИТРАЛ, которые применялись в данном деле, но и «по любым арбитражным правилам»⁵².

2. Может ли обязанность вынести исполнимое решение влиять на вопросы существования юрисдикции, на выбор права или на исход дела по существу?

2.1. Установление юрисдикции состава арбитража

На практике обязанность арбитра вынести исполнимое решение часто обсуждается составом арбитража в рамках решения вопроса о наличии или отсутствии юрисдикции рассматривать спор. Например, ответчик по делу может заявлять, что состав арбитража должен отказать в рассмотрении спора, потому что признание составом арбитража своей юрисдикции создает риск отмены будущего арбитражного решения или отказа в приведении его в исполнение. Иными словами, ответчик может использовать аргумент о потенциальной неисполнимости арбитражного решения как юрисдикционное возражение.

В качестве иллюстрации можно обратиться к делам *Страбаг и др. против Польши*⁵³ и *СанРезерв против Италии*⁵⁴. В обоих делах перед арбитрами встал вопрос, обладают ли они юрисдикцией на рассмотрение спора, вытекающего из международного договора о поощрении и защите иностранных инвестиций, заключенного между двумя государствами — членами Европейского союза (далее — ЕС), в свете решения Суда ЕС по делу *Словакия против Акмеа БВ* (далее — дело *Акмеа*). В деле *Акмеа* Суд ЕС решил, что положения о разрешении споров в инвестиционном арбитраже, содержащиеся в международных договорах между государствами — членами ЕС, несовместимы с правом ЕС, поскольку допускают толкование права ЕС органами, не входящими в его судебную систему (частными арбитрами, назначенными для рассмотрения спора)⁵⁵.

Ссылаясь на решение Суда ЕС по делу *Акмеа*, и Польша, и Италия в качестве дополнительного аргумента против юрисдикции состава арбитража заявляли, что вынесенное арбитрами решение будет отменено или не будет приведено в исполнение национальными судами государств ЕС⁵⁶. На первый взгляд это кажется разумным, ведь в силу принципа верховенства (примата) права ЕС национальные суды обязаны следовать практике Суда ЕС⁵⁷ и, скорее всего, обратились бы к решению по делу *Акмеа*⁵⁸. Тем не менее в обоих делах арбитры не приняли аргумент государства о потенциальной неисполнимости будущего арбитражного решения в качестве надлежащего

⁵⁰ Turner P. J., Mohtashami R. *A Guide to the LCIA Arbitration Rules*. Oxford University Press. 2009. §9.53.

⁵¹ *Himpurna California Energy Ltd v Republic of Indonesia* (2000) 25 YCA 186; Carbone G. *Interference of the Court of the Seat with International Arbitration, The Symposium II Journal of Dispute Resolution*. 2012. Vol. 2012. № 1. P. 231.

⁵² Turner P. J., Mohtashami R. *Op.cit.* §9.53.

⁵³ *Strabag SE, Raiffeisen Centrobank AG, Syrena Immobilien Holding AG v. The Republic of Poland*. ICSID Case No. ADHOC/15/1. Partial Award on Jurisdiction of 4 March 2020.

⁵⁴ *SunReserve Luxco Holdings SRL v. Italy*. SCC Case No. 132/2016. Final Award of 25 March 2020.

⁵⁵ Court of Justice of the European Union (Grand Chamber). *Slowakische Republik (Slovak Republic) v. Achmea BV*. Case C-284/16. Judgment of 6 March 2018. §58.

⁵⁶ *Strabag SE, Raiffeisen Centrobank AG, Syrena Immobilien Holding AG v. The Republic of Poland*. §8.12; *SunReserve Luxco Holdings SRL v. Italy*. §315.

⁵⁷ См. Декларация 17, прикрепленная к Договору о Европейском союзе (Маастрихт, 1992 год).

⁵⁸ По делу *Страбаг против Польши*, например, промежуточное решение арбитра было в итоге отменено по месту арбитража Апелляционным судом Парижа со ссылкой на дело *Акмеа*. См. Paris Court of Appeal. *The Republic of Poland v. Strabag SE, Raiffeisen Centrobank AG, Syrena Immobilien Holding AG*. Judgment of 19 April 2022. §87–91.

юрисдикционного возражения, отметив, что они не могут «предсказать», каким будет подход государственных судов⁵⁹, и сочли себя компетентными рассматривать спор⁶⁰. Такой подход арбитров к вопросу исполнимости арбитражного решения является верным, однако фактическая невозможность установить, подлежит ли потенциальное арбитражное решение отмене и будет ли оно принудительно исполнено, не является единственным и главным соображением.

Важнее, что в силу принципа «компетенция о компетенции» (нем.: *Kompetenz-Kompetenz*), нашедшего отражение почти во всех известных источниках международного арбитража⁶¹, арбитры уполномочены решать вопрос о своей юрисдикции самостоятельно, то есть без вмешательства государственных судов⁶². Данный принцип в первую очередь нацелен на сохранение контроля над арбитражным процессом за арбитрами и предотвращение попыток сторон воспрепятствовать арбитражному процессу путем оспаривания юрисдикции арбитров в государственном суде⁶³. Даже если вопрос о юрисдикции состава арбитража рассматривался бы в государственном суде параллельно с арбитражным разбирательством (например, если ответчик оспаривает предварительное решение состава арбитража о юрисдикции), арбитры не должны были бы ждать решения национального суда и, например, приостанавливать арбитражное разбирательство⁶⁴. Если они признали за собой юрисдикцию рассматривать спор, то в силу принципа «компетенция о компетенции» вправе продолжить его рассмотрение и вынести решение по существу⁶⁵. Из этого тем более следует, что арбитры не обязаны прерывать рассмотрение спора лишь в силу опасений одной из сторон, связанных с тем, что уже после вынесения решения при обращении за приведением его в исполнение у них могут возникнуть сложности в государственном суде. Как верно подметил состав арбитража в деле *Балкан Энерджи против Ганы*:

То, что национальные суды по месту арбитража или в государствах, где испрашивается приведение в исполнение арбитражного решения, могут осуществлять соответствующий судебный контроль, не подлежит сомнению, но это не умаляет обязанностей и полномочий этого Состава арбитража по осуществлению своей юрисдикции⁶⁶ (курсив наш. — А. А, В. К.).

⁵⁹ *Strabag SE, Raiffeisen Centrobank AG, Syrena Immobilien Holding AG v. The Republic of Poland*. §8.142; *SunReserve Luxco Holdings SRL v. Italy*. §371.

⁶⁰ В частности, арбитры сочли, что право ЕС не является правом, применимым к каким-либо вопросам, которые они должны разрешить, и не может влиять на толкование арбитрами воли сторон на передачу споров в арбитраж. Вместо этого арбитры решили спор на основании международного договора о поощрении и защите инвестиций, на основании которого был сформирован состав арбитража и который на тот момент прекращен не был. В большинстве других дел, вынесенных после дела *Акмеа*, составы арбитража следовали схожей логике. Об этой дискуссии подробнее см., например, Birengel T. *Impact of the Achmea Judgment on Investment Arbitration*. *Erdem & Erdem publications*. October 2018. URL: http://www.erdem-erdem.av.tr/publications/lettre-dinformation/impact-of-the-achmeajudgment-on-investment-arbitration/#_edn14 (дата обращения: 06.06.2023).

⁶¹ См., например, Европейская Конвенция о внешнеторговом арбитраже (Женева, 1961 год). Ст. v(3); Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном коммерческом арбитраже (1985 год, с изменениями, принятыми в 2006 году). Ст. 16(1); Закон РФ «О международном коммерческом арбитраже» от 07.07.1993 № 5338-1. Ст. 16, п. 1; *LCIA Arbitration Rules*. 2020. Art. 23.1. URL: https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx (дата обращения: 06.06.2023).

⁶² Fouchard P., Gaillard E., Goldman B. *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. *Kluwer Law International*. 1999. §653; Абесадзе С. А., Андреева Т. К., Ануров В. Н. и др. *Международный коммерческий арбитраж: Учебник* / отв. ред. Т.А. Лунаева; науч. ред. О.Ю. Скворцов, М.Ю. Савранский, Г.В. Севастьянов. 2-е изд., перераб. и доп. СПб.: Редакция журнала «Третейский суд»; М.: Статут. 2018. Вып. 9. §7.7.2.

⁶³ Girsberger D., Voser N. *International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives (Fourth Edition)*. 4th edition. Schulthess Juristische Medien AG. 2021. §555–556; Gaillard E., Banifatemi Y. *Negative effect of competence-competence: the rule of priority in favour of the arbitrators II Enforcement of arbitration agreements and international arbitral awards: the New York Convention in practice*. London : Cameron May. 2008. P. 260.

⁶⁴ Born G. B. *International Commercial Arbitration...* P. 1312; Bentolila D. *Arbitrators as Lawmakers*. *International Arbitration Law Library Series*. Vol. 43. 2017. P. 24, 26. См. также *Christopher Brown Ltd v. Genossenschaft Österreichischer Waldbesitzer Holzwirtschaftsbetriebe* [1953] 1 Lloyd's Rep. 495 ("It is not the law that arbitrators, if their jurisdiction is challenged or questioned, are bound immediately to refuse to act until their jurisdiction has been determined by some court which has the power to determine it finally. Nor is it the law that they are bound to go on without investigating the merits of the challenge and to determine the matter in dispute, leaving the question of their jurisdiction to be held over until it is determined by some Court which had power to determine it. They might then be merely wasting their time and everybody else's. They are not obliged to take either of those courses.")

⁶⁵ См., например, Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном коммерческом арбитраже (1985 год, с изменениями, принятыми в 2006 году). Ст. 16(3); Закон РФ «О международном коммерческом арбитраже» от 07.07.1993 № 5338-1. Ст. 16, п. 3.

⁶⁶ *Balkan Energy (Ghana) Limited v. Republic of Ghana*. PCA Case No. 2010-7. Interim Award of 22 December 2010. §113. В данном деле перед составом арбитража встал вопрос о недействительности арбитражного соглашения вследствие отсутствия парламентского одобрения арбитражной оговорки, требуемого Конституцией Республики Гана. Суд Ганы вынес запрет продолжать арбитражное разбирательство до того, как суд определит, требовалось ли соблюдение парламентского одобрения в этом договоре, однако состав арбитража продолжил рассмотрение спора и вынес решение о признании своей юрисдикции.

При этом арбитры не только вправе решать вопрос о своей юрисдикции самостоятельно, но и перед тем, как приступить к рассмотрению спора по существу, они обязаны убедиться, что у них есть юрисдикция⁶⁷. Для установления своей юрисдикции арбитры должны в первую очередь удостовериться в том, что между сторонами спора заключено арбитражное соглашение, что оно действительно и в полном объеме охватывает требования сторон, а также что спор в принципе может быть передан на рассмотрение в арбитраж⁶⁸. Это предполагает проведение арбитрами самостоятельного юридического анализа в соответствии с положениями применимого права, который не может быть слепо подменен догадками о том, как в последующем государственный суд ответит на эти вопросы или как он оценит позицию арбитров по данным вопросам, когда столкнется с вынесенным арбитрами решением. Отказ арбитра от самостоятельного анализа арбитражного соглашения, по сути, приводил бы к нарушению самого арбитражного соглашения, которым стороны наделили состав арбитража полномочиями по установлению и осуществлению юрисдикции без участия государственных судов.

Это в известной мере объясняет решения арбитров по корпоративным спорам, касающимся российских юридических лиц, в случае когда стороны согласовали место арбитража за пределами России⁶⁹. По российскому праву арбитрабельность корпоративных споров ограничена: в частности, ряд корпоративных споров может быть передан только на рассмотрение в арбитраж, администрируемый постоянно действующим арбитражным учреждением, депонировавшим специальные правила разбирательства корпоративных споров, с местом арбитража в России⁷⁰. Зачастую, желая передать споры в иностранное арбитражное учреждение, не получившее разрешение администрировать споры в России или не депонировавшее специальные правила, стороны потенциального корпоративного спора согласовывают место арбитража за рубежом. Несмотря на то что российский государственный суд, очевидно, не приведет в исполнение решение по такому спору⁷¹, арбитры признают свою юрисдикцию на его рассмотрение, поскольку они не связаны⁷² подходом потенциального места приведения решения в исполнение к арбитрабельности споров.

Таким образом, обязанность арбитров вынести исполнимое решение не может использоваться для подрыва юрисдикции состава арбитража и не отменяет необходимости надлежащего анализа юрисдикционных вопросов. Уважая соглашение сторон о передаче споров в арбитраж, арбитры не должны отказывать в юрисдикции на рассмотрение спора лишь из-за возможной позиции государственных судов.

С практической точки зрения данный вывод разумен в том числе и потому, что далеко не каждое арбитражное решение попадает на рассмотрение государственного суда. В этой связи примечательно, что в деле *СанРезерв против Италии*, которое мы упоминали выше, стороны не обращались в государственный суд после вынесения решения. Состав арбитража вынес решение по существу спора в пользу государства-ответчика, поэтому у ответчика не было причин обращаться за его отменой. Необходимости приводить решение в исполнение у сторон также не возникло (более того, теоретически с учетом принятого в данном деле решения она могла возникнуть только у

⁶⁷ Абесадзе С. А., Андреева Т. К., Ануров В. Н. и др. *Указ.соч.* §6.1. См. также, например, *Aaron C. Berkowitz, Brett E. Berkowitz and Trevor B. Berkowitz v. Republic of Costa Rica*. ICSID Case No. UNCT/13/2. Interim Award of 30 May 2017. §225; *Malicorp Limited v. Arab Republic of Egypt*. ICSID Case No. ARB/08/18. Award of 7 February 2011. §98. См. также, например, *William Ralph Clayton, William Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware, Inc. v. Government of Canada*, PCA Case No. 2009-04. Award on Jurisdiction and Liability of 17 March 2015. §341; *Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic*. ICSID Case No. ARB/04/14. Award of 8 December 2008. §68.

⁶⁸ Абесадзе С. А., Андреева Т. К., Ануров В. Н. и др. *Указ.соч.* §6.1.

⁶⁹ В качестве иллюстрации такого подхода можно привести, например, дело *Баринг Восток*. Спор возник из соглашения о колл-опционе на право покупки акций ПАО КБ «Восточный» от 26 августа 2016 года, в котором содержалась арбитражная оговорка о передаче споров в арбитраж, администрируемый ЛМТС. В соответствии с п. 7 ст. 13 Федерального закона от 29 декабря 2015 года № 409-ФЗ арбитражные соглашения о передаче в арбитраж корпоративных споров, заключенные до 1 февраля 2017 года, являются неисполнимыми. Учитывая данное положение, международная компания «Финвижн Холдингс» предъявила требование обязать компанию «Эвизон Холдингс Лимитед» акции ПАО КБ «Восточный» в Арбитражный суд Амурской области. Компания «Эвизон Холдингс Лимитед» в свою очередь обратилась в ЛМТС за вынесением запрета прекратить разбирательство в российском государственном суде в нарушение арбитражного соглашения, и такой запрет был вынесен. Ефименко Е. *Все, что надо знать о деле Baring Vostok* // Право.ru. 19 июня 2019 года. URL: <https://pravo.ru/story/210162/> (дата обращения: 05.06.2023).

⁷⁰ Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24.07.2002 № 95-ФЗ. Ст. 225.1, ч. 3.

⁷¹ Неарбитрабельность спора является основанием, которое государственный суд может применить без заявления стороны, *ex officio*. Нью-Йоркская конвенция, ст. V(2)(а).

⁷² Разумеется, это не означает, что российские нормы не могут быть применены по иному основанию, например, по правилам о сверхимперативных нормах или путем выбора права, применимого к вопросу арбитрабельности, что является предметом отдельной дискуссии. Об этом см., например, Чупрунов И. С. *Указ.соч.* С. 338.

ответчика, которому истцы обязаны были возместить расходы на арбитраж)⁷³. В такой ситуации, даже если какая-либо из сторон обратится в государственный суд после вынесения решения, ответчик вряд ли заявит возражение о том, что у состава арбитража не было юрисдикции в свете дела *Акмеа*, и, соответственно, государственный суд будет оценивать решение состава арбитража по этому вопросу⁷⁴. Если бы состав арбитража превентивно отказал в своей юрисдикции, опасаясь, что государственный суд с оглядкой на дело *Акмеа* констатирует отсутствие юрисдикции у состава арбитража, это было бы несправедливо по отношению к сторонам, которые хотели, чтобы их спор по существу рассматривался именно в арбитраже.

2.2. Выбор применимого права

Другая распространенная на практике ситуация, в которой встречаются ссылки на обязанность арбитров вынести исполнимое решение, — это выбор применимого права по тому или иному вопросу, относящемуся к существу спора.

В большинстве правовых порядков признается, что в отличие от государственного суда, который всегда связан коллизионными нормами *lex fori*, арбитры обладают большой свободой в выборе применимого права. Несмотря на то что в России арбитры по-прежнему без должной рефлексии зачастую ссылаются на российские коллизионные нормы, даже по российскому законодательству арбитры с местом арбитража в России ими не связаны, а могут осуществлять выбор права исходя из коллизионных норм, которые они сочтут применимыми⁷⁵. Такой подход к выбору права в доктрине международного арбитража называется косвенным выбором права (франц.: *voie indirecte*)⁷⁶. Целый ряд арбитражных правил и национальных законов об арбитраже делают еще один шаг вперед и устанавливают, что арбитры в принципе не связаны коллизионными нормами, а могут сделать выбор права напрямую, исходя из всех имеющих значение обстоятельств — такой подход называется прямым выбором права (франц.: *voie directe*)⁷⁷.

Однако относится ли исполнимость арбитражного решения к обстоятельствам, ввиду которых арбитр должен выбирать применимые коллизионные нормы (при косвенном выборе права) или применимое материальное право (при прямом выборе права)? Некоторые арбитражные решения, по-видимому, предполагают положительный ответ на данный вопрос. Например, в одном из дел⁷⁸ состав арбитража счел, что правильный коллизионный анализ влечет применение только бермудского права, которое регулирует соглашения, являющиеся предметом спора. Однако в силу обязанности вынести исполнимое решение арбитры сочли необходимым при обсуждении вопросов законности и действительности этих соглашений учитывать также право Бразилии с учетом того, что место арбитража находилось в Сан-Паулу (Бразилия).

При таком подходе обязанность вынести исполнимое решение начинает действовать в арбитраже как некая квазиколлизионная норма, исключая необходимость классического выбора права. Согласно этой норме все вопросы могут в конечном счете регулироваться правом места арбитража или правом места исполнения решения, а не правом, которое согласовали стороны в договоре или которое применимо исходя из иных обстоятельств. Этот подход нельзя признать корректным: как верно отмечается в доктрине, обязанность вынести исполнимое решение не может перевешивать выбор сторонами применимого права⁷⁹. Поэтому и на практике в большинстве дел арбитры чаще

⁷³ *SunReserve Luxco Holdings SRL v. Italy*. §1043(iv–v).

⁷⁴ Возражение о недействительности арбитражного соглашения должно быть заявлено стороной и не может быть рассмотрено государственным судом *ex officio*. Нью-Йоркская конвенция, ст. V(1)(a).

⁷⁵ См. Закон РФ «О международном коммерческом арбитраже» от 07.07.1993 № 5338-1. Ст. 28, п. 2. Один из подходов к выбору коллизионных норм в рамках косвенного выбора права предполагает восприятие арбитрами коллизионных норм по месту арбитража. См., например, *Международное частное право: учебник*: в 2 т. / А. И. Абдуллин, Н. М. Артемьева, Д. В. Афанасьев и др.; под ред. С. Н. Лебедева, Е. В. Кабатовой. М.: Статут. 2011. Т. 1. Гл. 4.3. Однако скорее сегодня в международном арбитраже этот подход воспринимается как устаревший и иногда описывается как «призрак, который был загнан в могилу», но еще «бродит по земле». См.: Blessing M. *Choice of substantive law in international arbitration*. (Цит. по: Асосков А. В. *Коллизионное регулирование договорных обязательств*. М. 2012. С. 536). В любом случае с учетом требований к мотивированности арбитражных решений выбор арбитрами коллизионных норм по месту арбитража (вместо, например, кумулятивного подхода или подхода, предполагающего анализ общих коллизионных принципов) требует обоснования (а в некоторых случаях и обсуждения со сторонами). Он не должен делаться априорно.

⁷⁶ Асосков А. В. *Коллизионное регулирование*... С. 487.

⁷⁷ Об этом см., например, Дергачев А. А. *Voie directe в международном коммерческом арбитраже* // Третейский суд. 2022. № 1. С. 91–98.

⁷⁸ *LAEP Investments Ltd. v. 1. GLG Emerging Market Special Situations Fund, 2. Emerging Markets Special Situations 3 Limited*. ICC Case No. 17446/JRF/CA. Final Award of 18 March 2013. §234, 238.

⁷⁹ Born G. B. *International Arbitration: Cases and Materials (Second Edition)*. 2nd edition. 2015. P. 981.

применяют право, выбранное сторонами соглашения, независимо от того, какое влияние это окажет на исполнимость арбитражного решения, что в большей степени отвечает интересам международного арбитража⁸⁰.

Более того, свобода арбитров в выборе права не означает безграничную дискрецию, а потому обычно не позволяет обосновать необходимость учета исполнимости решения при выборе права⁸¹. При косвенном подходе к выбору права ссылка арбитров на обязанность вынести исполнимое решение в принципе некорректна, поскольку данная обязанность коллизионной нормой не является. Кроме того, даже в рамках прямого выбора права арбитры не могут игнорировать ожидания сторон относительно применимого права, связь отношений сторон с тем или иным правом (не только географическую), а также иные нормообразующие факторы, влияющие на разрешение коллизии законов⁸². Такая методология во многом соответствует так называемому унилатеральному подходу к выбору права, при котором право выбирается не на основании каких-либо заранее заданных национальными государствами коллизионных норм, а путем толкования пространственно-персональной сферы действия правовых положений всех потенциально заинтересованных правопорядков с оценкой их интереса в предмете спора, целей и методов соответствующих норм, последствий их применения⁸³.

При этом сам по себе факт, что арбитраж находится в определенном государстве, либо что арбитражное решение будет принудительно исполняться в каком-либо государстве, не свидетельствует о тесной связи материального правоотношения сторон с этими государствами или о реальном юридическом интересе соответствующих правопорядков в исходе спора. Право места арбитража в принципе ограничено вопросами арбитражной процедуры и не имеет влияния на разрешение спора по существу⁸⁴. К тому же место исполнения арбитражного решения чаще всего неизвестно заранее (и тем более оно может быть неизвестно сторонам при заключении сделки, являющейся предметом спора), в связи с чем учет права места исполнения при прямом выборе права может нарушить разумные ожидания сторон. Такой подход может также вступить в противоречие с одним из базовых политико-правовых принципов, согласно которому применимое право обычно должно быть предвидимо на момент совершения юридического факта, а не определяться *ex post* только в ходе разрешения спора (что в первую очередь актуально в договорных отношениях, которые чаще всего и передаются на рассмотрение арбитражей)⁸⁵.

В связи с этим следует считать более обоснованным мнение, согласно которому арбитры не могут полагаться на место арбитража или на место исполнения арбитражного решения при выборе применимого права, если с этим не согласны стороны (и тем более по собственной инициативе без обсуждения с последними). Исключением могут быть случаи, когда соответствующие юрисдикции имеют какую-либо иную связь со сторонами или со спором (помимо того, что в этих юрисдикциях

⁸⁰ Donovan D. F., Greenawalt A. K. A. *Op.cit.* P. 56. См. также Swiss Federal Supreme Court. *OTV v. Hilmarton*. Decision of 17 April 1990 // XIX Yearbook of Commercial Arbitration. 1994. P. 214.

⁸¹ Born G. B. *International Commercial Arbitration...* P. 2137 (о необходимости мотивировать выбор права и осуществлять его выбор предсказуемым, юридическим образом — по крайней мере в спорах, не решаемых по соглашению сторон *ex aequo et bono*).

⁸² Асосков А.В. *Коллизионное регулирование...* С. 550–551.

⁸³ Об унилатеральном подходе см., например, Асосков А.В. *Основы коллизионного права*. М., 2017. С. 24–26, 71–133. Нетрудно заметить, что выбор арбитрами применимых сверхимперативных норм права предполагает такую же методологию. Это связано с тем, что доктрина сверхимперативных норм также является проявлением унилатерализма в международном частном праве. См. Там же. С. 139–195. При этом унилатерализм — это не единое течение, а описание общего методологического подхода к выбору права. Унилатерализм охватывает самые разные частные методологии, многие из которых свойственны правопорядкам США — включая теории анализа правительственных интересов (доктрина, восходящая к работам Б. Кари), теории сравнения того, какой правопорядок в большей мере испытывает негативные последствия от неприменения (или применения) того или иного права (англ.: *comparative impairment*) и даже такие достаточно одиозные концепции как выбор «лучшего права» (англ.: *better law*). Все эти концепции так или иначе (хоть и в разной степени) направлены на учет одновременно ожиданий сторон и интересов правопорядков. См., например: Brilmayer L., Goldsmith J., O'Connor E. *Conflict of Laws: Cases and Materials (Seventh Edition)*. Wolters Kluwer. 2015. Chapter 3; Kramer L. *Rethinking Choice of Law* // Columbia Law Review. 1990. Vol. 90; Neylan K. M. *Bundled Systems and Better Law: Against the Leflar Method of Resolving Conflicts of Law*. 2015. Право арбитров осуществлять прямой выбор права одновременно предполагает их право выбирать конкретную методологию выбора права — но не право выбирать применимое право дискреционно, без какой-либо юридической методологии.

⁸⁴ Выбор сторонами места арбитража осуществляется с учетом таких процедурных факторов, как его нейтральность и его репутация в качестве юрисдикции, благосклонной к арбитражу, но не факторов, касающихся существа спора. См., например, Born G. B. *International Commercial Arbitration...* P. 1650; Ojedokun O., Akabuiro D. O. *The Concept of the Seat in International Arbitration: Unlocking the Judicial Challenge of Interpretation of Conflict of Laws* // Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management. 2022. Vol. 88. № 4. P. 655, 659–662.

⁸⁵ Об этой проблеме см., например, Borchers P. J. *An Essay on Predictability in Choice-of-Law Doctrine and Implications for a Third Conflicts Restatement* // Creighton Law Review. 2016. Vol. 49. № 3; Basedow J., Kono T (eds). *An Economic Analysis of Private International Law*. Tübingen : Mohr Siebeck. 2006; Асосков А.В. *Основы коллизионного права...*

будет принудительно исполняться решение или рассматриваться вопрос о его отмене), например, если договор сторон направлен на нарушение антимонопольного законодательства одной из этих юрисдикций в примере, рассмотренном выше. Однако эти случаи охватываются общими правилами о выборе права в международном арбитраже и доктриной применения сверхимперативных норм. Они не требуют ссылок на исполнимость арбитражного решения.

В связи с этим обязанность вынести исполнимое решение не должна влиять на выбор арбитрами применимого права, которое осуществляется по собственной юридической логике.

2.3. Осуществление юрисдикции (решение дела по существу)

Из изложенного выше также следует, что обязанность арбитров вынести исполнимое решение не имеет отношения к рассмотрению спора по существу. Международный арбитраж — это самостоятельный юрисдикционный орган, который рассматривается как полноценная альтернатива государственному правосудию и классическим международным судам⁸⁶. Стороны выбирают арбитраж и конкретных арбитров, так как хотят, чтобы их спор был по существу рассмотрен именно арбитрами исходя из их опыта, знаний и умений, а не путем предсказания реакции государственных судов. При этом, выбирая арбитраж как альтернативный способ разрешения споров, стороны ожидают, что их требования вполне могут быть рассмотрены иначе, чем в государственном суде — в ином случае они могли бы передать спор в государственный суд напрямую. Как верно отметил Я. Полсон:

Кажется порочным делать вывод о том, что <...> обязанность [арбитров] стремиться к наивысшей степени исполнимости арбитражных решений означает, что арбитры должны отклонять иски, потому что где-то, в месте, где предположительно может быть запрошено приведение в исполнение, существует, возможно, применимое правило, которое может быть истолковано таким образом, что арбитражное решение не будет признано⁸⁷.

Как и любое полномочие, юрисдикция — не только право, но и обязанность арбитров. Заклучая арбитражное соглашение, стороны *обязывают* арбитров разрешить спор *исходя из собственного толкования права арбитрами*. Если же арбитры решают спор без опоры на собственное мнение о том, как право должно применяться к тем или иным обстоятельствам, но с оглядкой на мнение государственных судов, фактически они прямо нарушают обязанность решить спор. При этом нарушение данной обязанности само по себе дает основание для отмены решения или отказа в его приведении в исполнение по процессуальным основаниям — речь идет о так называемом негативном выходе арбитров за пределы своих полномочий (англ.: *negative excess of competence*) путем их неосуществления⁸⁸. Примером могут быть дела, когда арбитражные решения вполне обоснованно отменялись в связи с тем, что арбитры отказались рассматривать по существу вопросы, подпадающие под арбитражную оговорку, посчитав, что они входят в компетенцию другого органа⁸⁹.

По этой причине, например, не является аргументом для отклонения требований истца о присуждении судебной неустойки (астрента) на случай неисполнения немонетарного арбитражного

⁸⁶ Этот тезис вряд ли способен вызвать разногласия на уровне международного правосудия, но иногда подвергается сомнению в российской доктрине применительно к коммерческому арбитражу. Об этом см. также Косцов В.Н. *Арбитрабельность споров и полномочия арбитров: соотношение материального и процессуального права* // Вестник экономического правосудия. 2023. № 6. С. 86–113.

⁸⁷ Paulsson J. *Arbitration in three dimensions* // International & Comparative Law Quarterly. Vol. 60. 2011. № 2. P. 302.

⁸⁸ Нарушение правил о юрисдикции состава арбитража имеет место не только когда арбитры выносят решение по существу при отсутствии юрисдикции по спору, но и когда они не осуществляют свою юрисдикцию (то есть не рассматривают тот или иной вопрос по существу), несмотря на наличие арбитражного соглашения, в предмет которого входит соответствующий вопрос. См., например, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic (Vivendi I)*. ICSID Case No. ARB/97/3. Decision on Annulment of 3 July 2002. §72, 86; *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v. Italian Republic*. ICSID Case No. ARB/14/3. Decision on Annulment of 13 April 2020. §282–286; Timmer L. *Manifest Excess of Powers as a Ground for the Annulment of ICSID Awards* // Journal of World Investment and Trade. 2013. Vol. 14. № 5. P. 775. Такая же логика применима в коммерческом арбитраже. См., например, Draetta U., Luzzatto R. *The Chamber of Arbitration of Milan Rules: A Commentary*. 2012. P. 525–527.

⁸⁹ *Vivendi v. Argentina (I) Compañía de Aguas del Aconquija S.A. (formerly Aguas del Aconquija) and Vivendi Universal S.A. (formerly Compagnie Générale des Eaux) v. Argentine Republic (I)*. ICSID Case No. ARB/97/3. Decision on Annulment of 3 July 2002. §76. Аналогичный подход может быть применен и в случае приостановления производства по арбитражному делу до рассмотрения тех или иных вопросов другим органом, если основанием для приостановления будет вывод о том, что арбитры будут связаны выводами другого юрисдикционного органа в нарушение арбитражной оговорки. См., например, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*. ICSID Case No. ARB/02/6. Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction of 29 January 2004 (приостановление производства до разрешения государственным судом вопросов, касающихся договорных отношений сторон; однако документ не был предметом оспаривания ввиду заключения мирового соглашения).

решения тот факт, что государство места исполнения решения считает астрент карательной мерой ответственности, противоречащей национальному публичному порядку⁹⁰. Если арбитры, исходя из собственного анализа норм применимого материального права и анализа своих процессуальных полномочий по праву места арбитража с учетом положений арбитражного соглашения, сочтут, что у них есть основание вынести решение, снабженное астрентом, его неисполнимость в одной из юрисдикций не имеет правового значения. Это справедливо при условии, что истец принимает на себя соответствующий риск и арбитры не придут к выводу, что нормы данного правопорядка подлежат применению по уже описанным выше правилам о применении в арбитраже сверхимперативных норм третьих стран.

Исполнимость решения, следовательно, в принципе не является соображением, имеющим значение при рассмотрении спора по существу. Вынесение арбитрами решения с некритической опорой на то, как решили бы аналогичные дела государственные суды, может само по себе влечь отмену решения или его непризнание в других юрисдикциях, поскольку оно может рассматриваться как отказ арбитров от осуществления собственной юрисдикции для рассмотрения спора⁹¹.

Немаловажно также то, что даже в случаях, когда на первый взгляд нет сомнений в том, что решение будет точно отменено, в конечном счете оно может оказаться исполненным. Именно такая ситуация, вероятно, имела место в рассмотренном выше деле *Салини против Эфиопии*: несмотря на то, что арбитры вынесли решение по делу в нарушение прямого запрета государственных судов на проведение арбитража, сведений о его отмене или неисполнении в публичном доступе не имеется⁹². По-видимому, решение было исполнено добровольно. В схожей ситуации в деле *Балкан Энерджи против Ганы* решение со временем было успешно исполнено в другой юрисдикции⁹³.

Таким образом, обязанность арбитров вынести исполнимое решение не влияет на вопросы установления арбитрами юрисдикции, выбора применимого права, а также разрешения спора по существу.

3. Реальные пределы обязанности вынести исполнимое решение

3.1. Материальные пределы обязанности

Обязанность вынести исполнимое решение, если считать, что она существует, имеет довольно узкую сферу применения. Первое важное ограничение заключается в том, что обязанность вынести исполнимое решение сводится к приложению усилий, а не к достижению результата⁹⁴. Соответственно, арбитр, рассматривающий спор, должен добросовестно предпринять все разумные шаги, нацеленные на вынесение исполнимого решения, но не будет отвечать за то, что его решение в итоге не было приведено в исполнение⁹⁵.

Данный подход представляется разумным ввиду того, что стопроцентную исполнимость решения не может гарантировать никто. Несмотря на то что Нью-Йоркская конвенция содержит закрытый перечень оснований для отказа в признании и приведении решений в исполнение⁹⁶, государственные суды могут истолковать эти положения неожиданным образом, противоречащим международным

⁹⁰ Астрент нередко считается несовместимым с полномочиями арбитров, в том числе по соображениям его совместимости с национальными системами компенсационной ответственности. См., например, *Gater Assets Ltd v Naftogaz Ukrainy*, [2008] EWCH 1108, (Comm) para 27 цит по Гальперин М. Л. *Транснациональное исполнительное производство: взгляд в будущее* // Закон. 2012. Об этой дискуссии в контексте международного гражданского процесса и арбитража см. также Косцов В. Н. *Правовая природа способов правовой защиты через призму международного гражданского процесса* // Вестник гражданского процесса. 2021. Т. 11. № 4. С. 179–228.

⁹¹ См., например, *UEG Araucária Ltda. v. 1. Companhia Paranaense de Energia (COPEL) 2. COPEL GENCO S.A.* ICC Case No. 12656/KGA. Partial Award on Jurisdiction of 6 December 2004. §169.

⁹² См., например, Карточка дела *Salini Costruttori S.P.A v. Ethiopia* в Jus Mundi. URL: <https://jusmundi.com/en/document/decision/en-salini-costruttori-s-p-a-v-the-federal-democratic-republic-of-ethiopia-addis-ababa-water-and-sewerage-authority-award-friday-7th-december-2001> (дата обращения: 06.06.2023).

⁹³ United States District Court for the District of Columbia. *Balkan Energy Limited et al. v. Republic of Ghana*. Case No. 17-cv-00584. Order of 17 July 2018.

⁹⁴ Это, в частности, следует из положений арбитражных регламентов, которые закрепляют обязанность арбитра вынести исполнимое решение. См. также Sabater A., Rezende L. *An Arbitrator's Obligation to Use Reasonable Efforts to Issue an Enforceable Award and Its Interaction with the New York Convention* // Gomez K. F., Lopez-Rodriguez A. M. (eds) *60 Years of the New York Convention: Key Issues and Future Challenges*. Kluwer Law International. 2019. P. 21.

⁹⁵ Lozada F. P. *Duty to Render Enforceable Awards: the Specific Case of Impartiality* // Spain Arbitration Review. Vol. 2016. Issue 27. 2016. P. 73; Platte M. *Op.cit.* P. 311; Blanke G. *The Arbitration Agreement and Arbitrability — EC Competition Law Claims in International Arbitration* // Christian Klausegger, Peter Klein, et al. (eds). *Austrian Arbitration Yearbook*. 2009. P. 38.

⁹⁶ Нью-Йоркская конвенция, ст. V(2)(a); *UNCITRAL Secretariat Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958)*. 2016. P. 126.

подходам. В частности, одним из оснований для отказа в признании и приведении решения в исполнение выступает противоречие решения публичному порядку государства места исполнения. Термин «публичный порядок» считается каучуковым. Его толкование находится во власти государственного суда⁹⁷, который может не привести решение в исполнение, даже если это будет противоречить национальным концепциям, о которых арбитр может и не знать⁹⁸. Напротив, даже если практика государственных судов отличается консервативностью на момент вынесения арбитражного решения, она вполне может поменяться в благоприятную для арбитража сторону впоследствии. При этом риск отмены или непризнания арбитражного решения в той или иной мере существует всегда. Соответственно, возлагать на арбитров обязанность с точностью предсказывать линию поведения государственного суда невозможно, особенно учитывая, что для составления подобного рода прогнозов у арбитров нет даже минимально надежных инструментов, поскольку они не входят в судебную систему соответствующей страны.

Второе ограничение сферы применения обязанности вынести исполнимое решение заключается в том, что эта обязанность должна касаться процессуальных вопросов, возникающих при разрешении спора, и, как отмечалось выше, не должна затрагивать рассмотрение арбитрами спора по существу. По этой причине вывод некоторых авторов о том, что обязанность вынести исполнимое решение предполагает точное и правильное применение материального права⁹⁹, неверен. На стадии отмены решения или признания и приведения его в исполнение государственные суды в принципе должны воздерживаться от оценки точности и корректности выводов арбитров по существу¹⁰⁰. Именно поэтому основания для отмены решения или отказа в признании и приведении его в исполнение сформулированы достаточно узко и касаются преимущественно процессуальных аспектов. Вопросы материального права могут иметь значение только при оценке соответствия решения «публичному порядку»¹⁰¹, однако возлагать на арбитров обязанность предсказывать, что именно государственный суд может расценить как нарушение публичного порядка, нельзя.

Обязанность вынести исполнимое решение также не следует понимать слишком буквально. Некоторые авторы считают, что во исполнение этой обязанности арбитры должны участвовать в процессе отмены арбитражного решения или приведения решения в исполнение, например, давать пояснения в судебном процессе, если они были привлечены в дело¹⁰², или даже в отдельных случаях разъяснять соответствующим государственным органам важность приведения в исполнение по своей инициативе¹⁰³. Однако данная позиция также не является обоснованной, поскольку в силу доктрины *functus officio* юрисдикция арбитра по общему правилу действует только до вынесения арбитражного решения¹⁰⁴, а в мандат арбитра вряд ли входит помощь сторонам с исполнением решения путем получения экзекватуры.

Какие же разумные шаги должен предпринять арбитр, чтобы вынести исполнимое решение? Очевидно, что для вынесения исполнимого решения арбитр в первую очередь должен четко

⁹⁷ Ferrari F., Rosenfeld F. J. (eds). *Autonomous Versus Domestic Concepts under the New York Convention* // International Arbitration Law Library. Vol. 61. Kluwer Law International. 2021. P. 321–322.

⁹⁸ В то же время с точки зрения толкования Нью-Йоркской конвенции имеется достаточно обоснованное мнение, что государства должны использовать международный публичный порядок в целях применения ее статьи V. См., например: *UNCITRAL Secretariat Guide...* P. 243. Существует и авторитетное мнение, что Нью-Йоркская конвенция не обязывает государства вводить разделение между внутренним и международным публичным порядком, ввиду чего они вправе применять единую концепцию публичного порядка. См., например: Wolff R. *New York Convention: convention on the recognition and enforcement of foreign arbitral awards of June 1958; article-by-article commentary*. Munich, 2019. P. 423. В то же время международный публичный порядок, даже если эта концепция воспринята государством — в любом случае не то же самое, что транснациональный публичный порядок. Международный публичный порядок все равно представляет собой национальный публичный порядок конкретной юрисдикции, но только в той его части, которая настолько важна для этой юрисдикции, чтобы применяться не только во внутренних отношениях, но и в международном контексте. Об этом см. также: Асосков А.В. *Нарушение публичного порядка как основание для отказа в принудительном исполнении решений международных коммерческих арбитражей, принятых на территории Российской Федерации* // Закон. 2018. № 9. С. 134–142; де Варей-Сомьер П., Гетьман-Павлова И. В. *Международный и внутренний публичный порядок при признании и исполнении иностранных арбитражных решений (правоприменительный опыт Франции и России)* // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2014. № 1. С. 140–168.

⁹⁹ Horvath G. J. *The Duty of the Tribunal to Render an Enforceable Award* // Journal of International Arbitration. 2001. Vol. 18. № 2. P. 146; Lozada F. P. *Op.cit.* P. 81.

¹⁰⁰ Fouchard P., Gaillard E., Goldman B. *Op.cit.* §1693; Blackaby N., Partasides C., et al. *Op.cit.* §11.55.

¹⁰¹ *UNCITRAL Secretariat Guide...* P. 248.

¹⁰² Clay T. *The Role of the Arbitrator in the Execution of the Award* // ICC Bulletin. 2009. Vol. 20(1). P. 47.

¹⁰³ Bedjaoui M. *The Arbitrator: One Man-Three Roles: Some Independent Comments on the Ethical and Legal Obligations of an Arbitrator* // Journal of International Arbitration. 1988. Vol. 5. № 1. P. 19.

¹⁰⁴ Born G. B. *International Commercial Arbitration...* P. 3148. См. также Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном коммерческом арбитраже (1985 год, с изменениями, принятыми в 2006 году). Ст. 32(3); Закон РФ «О международном коммерческом арбитраже» от 07.07.1993 № 5338-1. Ст. 32, п. 3.

следовать согласованной сторонами процедуре арбитражного разбирательства, а также положениям закона, регулирующего процедуру арбитражного разбирательства по месту арбитража (*lex arbitri*), которые восполняют пробелы в соглашении сторон¹⁰⁵. Несоблюдение соглашения сторон или применимого процессуального права является отдельным основанием для отмены арбитражного решения или для отказа в признании и приведении его в исполнение¹⁰⁶.

Арбитр также должен сосредоточиться на своих базовых обязанностях, то есть определить наличие или отсутствие юрисдикции на рассмотрение спора и, если юрисдикция имеется, разрешить спор между сторонами. Арбитр также обязан соблюдать фундаментальные процессуальные принципы (англ.: *due process*), которые, скорее всего, нашли отражение в применимом арбитражном законе, в том числе оставаться независимым и беспристрастным на протяжении всего рассмотрения спора, обеспечить равное отношение к сторонам и дать возможность обеим сторонам спора представить свою позицию¹⁰⁷.

При разрешении процессуальных вопросов арбитру следует руководствоваться не только текстом национального закона об арбитраже, но и учитывать то, как он толкуется государственными судами в этой стране¹⁰⁸. Многие национальные законы, регулирующие арбитраж, практически идентичны друг другу с точки зрения текста (например, основанные на Типовом законе ЮНСИТРАЛ о международном коммерческом арбитраже), но могут иметь различное наполнение с точки зрения практики их применения. Поэтому, выбирая место арбитража, стороны могут ожидать, что положения соответствующего законодательства будут применяться с учетом тех особенностей, которые сложились в судебной практике юрисдикции, являющейся местом арбитража. Например, Франция известна своим благосклонным подходом к арбитражу, и потому некоторые положения национального закона об арбитраже Франции могут толковаться отлично, например, от схожих положений аналогичного закона КНР.

Однако это, конечно, не означает, что арбитры должны разрешать спорные вопросы исключительно ориентируясь на толкование государственного суда¹⁰⁹. В арбитраже также может быть применим принцип «суд знает право» (*jura novit curia*), в силу которого арбитры могут самостоятельно разрешать любые возникающие в деле правовые вопросы¹¹⁰. Поэтому если арбитр сочтет подход государственного суда к какому-либо вопросу неверным, он не обязан ему следовать¹¹¹. Нельзя, например, исключать, что государственный суд на этапе отмены арбитражного решения или приведения его в исполнение сам пересмотрит свое предыдущее решение. При этом арбитрам следует выносить любой спорный вопрос на обсуждение сторон во избежание так называемого «неожиданного решения»¹¹², которое послужит отдельным основанием для его отмены или отказа в признании и приведении в исполнение¹¹³.

Из сказанного выше следует, что нормативное значение обязанности вынести исполнимое решение в действительности несущественно. Данная обязанность, скорее, должна служить ориентиром для арбитров в случаях, когда какие-либо процессуальные вопросы прямо не разрешены в соглашении сторон (в том числе в выбранном арбитражном регламенте)¹¹⁴ и, например, может выступать источником подразумеваемых полномочий арбитра по ведению арбитражного процесса¹¹⁵. Яркой иллюстрацией такого действия обязанности вынести исполнимое решение служит решение по делу *Хрватска Электропривреда против Словении*, в котором перед арбитром встал неурегулированный в применимых правовых источниках вопрос о полномочии исключить представителя стороны, включенного в команду, представляющую ответчика, на поздней стадии арбитражного разбирательства, вследствие его конфликта интересов с одним из арбитров. Состав

¹⁰⁵ Platte M. *Op.cit.* P. 311–312.

¹⁰⁶ Нью-Йоркская конвенция, ст. V(2)(d).

¹⁰⁷ См., например, Waincymer J. *Op.cit.* P. 420–421.

¹⁰⁸ *Salini Costruttori S.P.A v. Ethiopia*. §140.

¹⁰⁹ *Ibid.* §142.

¹¹⁰ Franco F., Cordero-Moss G. (eds). *Jura novit curia in international arbitration*. Juris. 2018. P. 480.

¹¹¹ См., например, Turner P. J., Mohtashami R. *Op.cit.* §9.51.

¹¹² Abdel Wahab M. S. *Jura Novit Arbitrator in International Commercial Arbitration: The Known Unknown // Festschrift Ahmed Sadek El-Kosheri / ed. by N. G. Ziadé Kluwer Law International*. 2015. P. 19–20.

¹¹³ Born G. B. *International Commercial Arbitration...* P. 3866–3877.

¹¹⁴ На такую роль прямо указывают положения арбитражных регламентов, которые упоминают обязанность вынести исполнимое решение. См. также Schwartz E., Derains Y. *Guide to the ICC Rules of Arbitration (Second Edition)*. 2nd edition. Kluwer Law International. 2005. P. 385–386.

¹¹⁵ International Law Association. *Annex to Resolution No. 4/2016: Inherent and Implied Powers of International Arbitral Tribunals: Recommendations*. 2016. §7(c).

арбитража, руководствуясь своей обязанностью приложить все усилия для того, чтобы на арбитражное решение не повлияли какие-либо «процессуальные несовершенства», а также необходимостью разрешения спора беспристрастным составом арбитража¹¹⁶, принял решение исключить представителя из дела.

Таким образом, обязанность вынести исполнимое решение является обязанностью арбитров по приложению усилий и должна применяться лишь по вопросам арбитражной процедуры для восполнения пробелов в соглашении сторон.

3.2. Пространственные пределы обязанности вынести исполнимое решение

Определив, что следует понимать под обязанностью вынести исполнимое решение в материальном смысле (то есть с точки зрения ее содержания), более подробно обсудим, на какой правопорядок должны ориентироваться арбитры при ее реализации. Например, об исполнимости в каких правопорядках следует заботиться арбитрам, восполняющим пробел, выявленный в источниках, регулирующих арбитражную процедуру?

Некоторые авторы предлагают в принципе уклониться от выбора конкретного правопорядка и проверять исполнимость арбитражного решения только в абстрактном смысле, то есть исходя из общепризнанных требований к арбитражному решению на международном уровне (об исполнимости в абстрактном смысле см. раздел 1.1 выше). Обычно под такими требованиями понимаются наиболее общие правила Нью-Йоркской конвенции и Типового закона ЮНСИТРАЛ (который, как считается, отражает широко воспринятые национальными правопорядками принципы в области арбитража)¹¹⁷.

Хотя такой подход элегантен в теории, его трудно реализовать на практике. Нью-Йоркская конвенция практически не содержит субстантивных правил, которые можно было бы применить автономно от национального права для обеспечения исполнимости решения. По большинству вопросов Нью-Йоркская конвенция предполагает применение того или иного национального права¹¹⁸. Типовой закон ЮНСИТРАЛ также содержит рамочное регулирование, оставляя национальным судам существенное пространство для толкования¹¹⁹. К тому же акцент на сугубо международных, а не национальных требованиях к арбитражному решению во многом предполагал бы принятие концепции делокализации арбитража¹²⁰ в ее радикальном прочтении, что может быть не вполне оправданно¹²¹.

В связи с этим вряд ли возможно сделать вывод о том, что при оценке исполнимости решения арбитры должны руководствоваться исключительно международными принципами. Безусловно, международные подходы могут учитываться арбитрами, которые, например, вправе руководствоваться транснациональными принципами организации процесса, принимая во внимание их свободу в определении вопросов процедуры. В то же время из этого не следует вывод о том, что арбитры должны игнорировать связь арбитража с конкретными национальными правопорядками. В большинстве случаев это вряд ли бы соответствовало и ожиданиям самих сторон.

Регулирование каких национальных правопорядков может быть актуально в свете обязанности вынести исполнимое решение? По общему правилу обязанность арбитров принимать разумные усилия для обеспечения исполнимости решения ограничена местом арбитража, что признается как на

¹¹⁶ *Hrvatska Elektroprivreda d.d. v. Republic of Slovenia*. ICSID Case No. ARB/05/24. of 6 May 2008. §15, 30.

¹¹⁷ См., например, Choong J., Mangan M., et al. *Op.cit.* P. 306.

¹¹⁸ Например, в части действительности арбитражного соглашения статья V Нью-Йоркской конвенции отсылает к праву, регулиющему арбитражное соглашение, в части правоспособности — к праву, применимому к лицу, чья правоспособность определяется, в части вступления решения в силу и соблюдения процедуры арбитража — к праву места арбитража (*lex arbitri*) и т. п.

¹¹⁹ Например, государства вправе самостоятельно определить содержание категории публичного порядка для целей отмены арбитражных решений по статье 34 Типового закона ЮНСИТРАЛ.

¹²⁰ Эта теория предполагает, что арбитражное решение — явление международное, а не часть какого-либо конкретного национального правопорядка (включая место арбитража). Об этом см., например, Плеханов В. В., Усоскин С. В. *Указ. соч.*

¹²¹ На текущий момент трудно поддержать какие-либо радикальные взгляды на природу арбитража. Доктринальные дискуссии, «по-видимому, в целом разрешены» в пользу сбалансированной «гибридной теории, [согласно которой] третейские суды хоть и не являются частью какой-либо национальной юрисдикции, но все же зависят от национального права». При этом «хотя арбитраж не может существовать без воли сторон, источником полномочий арбитров является также закон об арбитраже, принятый в месте арбитража». Wainsymer J. *Op.cit.* P. 13. Российская доктрина также исходит из того, что, помимо воли сторон, «правовая сила арбитражного соглашения следует из волеизъявления государства, допускающего несудебный порядок разрешения споров, и из международных соглашений, которые государства заключают для обеспечения реализации указанного несудебного порядка». Вилкова Н. Г. Актуальные вопросы правового регулирования арбитражного соглашения в Российской Федерации // *Международный коммерческий арбитраж и вопросы частного права: сборник статей / Е. Н. Абрамова, Н. Г. Вилкова, И. П. Грешников и др.; отв. ред. И.П. Грешников. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Статут, 2019. В связи с этим, хотя международное измерение у арбитража действительно существует, это не означает его полную эмансипацию от права места арбитража.*

уровне доктрины¹²², так и на уровне арбитражных правил, которые прямо предусматривают такую обязанность¹²³. И это логично: арбитры не могут предвидеть, где именно будет исполняться решение, учитывая, что место нахождения активов с течением времени может меняться. Кроме того, в целом ряде споров круг потенциальных юрисдикций, где может запрашиваться исполнение решения по Нью-Йоркской конвенции, неопределенно велик — а их требования могут противоречить друг другу. Поэтому арбитражу нужно одно место, регулирование которого будет применимо напрямую — это место арбитража. Именно процедурные требования места арбитража и подлежат учету в рамках обязанности арбитров вынести исполнимое решение¹²⁴ по тем вопросам, к которым она применима (см. раздел 3.1 выше).

Иные юрисдикции не имеют прямого отношения к делу, особенно учитывая, что риск отказа в исполнении в одной юрисдикции вовсе не означает, что у ответчика не будут выявлены (или не появятся впоследствии) активы в другой стране, которая будет более склонна признать арбитражное решение. Считать, что юрисдикция места исполнения может быть определена заранее (например, со ссылкой на то, где зарегистрирована компания) — довольно распространенная ошибка. Нередко даже сам истец не знает, где в итоге будут обнаружены активы ответчика, которые могут быть самыми разными по природе (права требования, доли в дочерних организациях и т. п.). Поиск активов — довольно сложная задача, и далеко не каждый истец решает ее заранее (тем более нельзя сказать, что у истца есть такая обязанность к моменту обращения в арбитраж). Она является сугубо практической и не должна влиять на процедуру арбитража, который, согласно традиционным воззрениям, имеет некоторую процессуальную привязку только к праву места арбитража, но не к другим правовым порядкам.

В то же время ограничение обязанности арбитров только местом арбитража не стоит понимать чрезмерно императивно¹²⁵. Поскольку нормативным источником этой обязанности является воля самих сторон, они могут договориться о необходимости учесть требования какой-либо иной юрисдикции. Эта договоренность может быть установлена арбитрами и подразумеваемым образом, исходя из обстоятельств дела, имевших место при заключении арбитражного соглашения, — например, если обеим сторонам было очевидно, что решение, наиболее вероятно, будет приводиться в исполнение в конкретной юрисдикции¹²⁶. Кроме того, если стороны «указывают арбитрам на конкретную юрисдикцию», где будет приводиться в исполнение решение, то у арбитров может возникнуть обязанность предпринять усилия для обеспечения исполнимости решения и в этой юрисдикции¹²⁷.

3.3. Процессуальная исполнимость решения

Внимательный читатель мог заметить, что при обсуждении обязанности вынести исполнимое решение до сих пор затрагивался лишь риск отмены решения или риск отказа в его признании и приведении в исполнение в порядке Нью-Йоркской конвенции. Именно такое понимание обязанности арбитров вынести исполнимое решение, которое сводится к обеспечению юридической действительности решения (в широком смысле слова), является классическим для доктрины и практики международного арбитража¹²⁸. Однако оно расходится с тем, как принцип исполнимости решений нередко понимается в национальном процессуальном праве, особенно в российской процессуальной

¹²² См., например, Karrer P. *Must an Arbitral Tribunal Really Ensure that its Award is Enforceable? // Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution. Liber Amicorum Briner*. ICC Publishing. 2005. P. 429. Цит. по: Tschani R. *Specific Issues in Different Types of Contractual Relations: Corporate Disputes // Performance as a remedy: non-monetary relief in international arbitration*. ASA special series. No. 30. 2011. P. 220.

¹²³ См., например, *LCIA Arbitration Rules. 2020. Art. 32.2*. URL: https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx (дата обращения: 04.06.2023). Даже арбитражные регламенты, в которых нет прямой отсылки к месту арбитража, зачастую следует толковать именно таким образом, что соотносится с доминирующим взглядом, согласно которому арбитражное решение черпает свою юридическую силу в том числе из правового порядка места арбитража. См., например, Вилкова Н. Г. Указ. соч. В связи с этим отсылка в арбитражных регламентах к «юридически исполнимому решению» должна по общему правилу толковаться как отсылка к исполнимости по месту арбитража.

¹²⁴ См., например, Platte M. *Op.cit.* P. 312; Blanke G. *Op.cit.* P. 37; LCIA Arbitration Rules. 2020. Art. 32.2.

¹²⁵ Platte M. *Op.cit.* P. 307–313.

¹²⁶ Alessi D. *Enforcing Arbitrator's Obligations: Rethinking International Commercial Arbitrators' Liability // Journal of International Arbitration*. 2014. Vol. 31. № 6. P. 766.

¹²⁷ *Ibid.* См. также Redfern A., Hunter M. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. Sweet & Maxwell. 1999. P. 363; Blanke G. *Op.cit.* P. 37.

¹²⁸ См., например, Schneider M. *Non-Monetary Relief in International Arbitration: Principles and Arbitration Practice // Performance as a Remedy: non-monetary relief in international arbitration*. ASA special series. No. 30. New York. 2011. P. 5; Lozada F. P. *Op.cit.* P. 71; Platte M. *Op.cit.* P. 312; *Salini Costruttori S.P.A v. Ethiopia*. §140.

науке. В национальном контексте под исполнимостью обычно понимается не риск отмены решения вышестоящим судом, но практическая реализуемость решения в исполнительном производстве¹²⁹.

Как правило, этот вопрос актуален в контексте немонетарных способов правовой защиты, таких как иски о понуждении к исполнению в натуре. При обсуждении таких правовых инструментов нередко учитываются процессуальные издержки, связанные с понуждением ответчика к тому или иному поведению, в сравнении с интересами истца в получении данного способа правовой защиты¹³⁰. Например, статья 7.2.2 Принципов УНИДРУА устанавливает, что в иске об исполнении в натуре должно быть отказано, если «принудительное исполнение является неразумно обременительным или дорогостоящим», что также можно считать проявлением процессуального принципа исполнимости судебных актов.

Однако фактически доктрина и практика международного арбитража игнорируют исполнимость арбитражного решения в процессуальном смысле (в смысле исполнительного производства и затрат на него), несмотря на свойственное арбитражу внимание к исполнимости применительно к рискам отмены арбитражного решения или отказа в его признании и исполнении. Существует устоявшееся мнение о том, что «арбитрам следует заботиться только об определении прав и обязанностей сторон, но не следует думать об эффективности их решений» с точки зрения их процессуальной исполнимости¹³¹. Такой подход вряд ли заслуживает поддержки. Арбитраж не имеет собственного аппарата принуждения, а полагается в вопросах принудительного исполнения на национальные системы исполнительного производства, которые не всегда рассчитаны, например, на широкое исполнение немонетарных решений. Поэтому нельзя утверждать, что арбитров в принципе не должно волновать то, будет ли исполнение решения чрезмерно обременительным для национальных правопорядков¹³².

Сложности с исполнением немонетарных арбитражных решений (как, например, в деле *Грейсон-Робинсон против Ирис*, где арбитры вынесли решение о понуждении ответчика к исполнению обязательства по строительству дорогостоящего здания в натуре¹³³) даже позволили ряду авторов ставить вопрос о том, что к таким решениям в принципе не должна применяться Нью-Йоркская конвенция¹³⁴. Этот подход представляется неоправданно максималистским: скорее следует говорить о том, что арбитрам надлежит уважительно относиться к интересам национальных правопорядков и проводить «взвешивание» интересов истца в получении такого способа защиты и возможных общественных затрат на его реализацию. Руководствуясь подобной логикой, арбитры в решении по делу *СиЭмЭс против Аргентины* указали, что «решение состава арбитража о том, что ответчик должен вернуться к правовому режиму, действовавшему до принятия им чрезвычайных мер, было бы абсолютно нереалистичным»¹³⁵.

Однако, по сути, и здесь речь не идет об обязанности вынести исполнимое решение в юридическом смысле. Для учета интереса правопорядков в процессуальной исполнимости решения должны применяться другие юридические концепции, включая уже описанную методологию применения в арбитраже сверхимперативных норм третьих стран¹³⁶.

¹²⁹ См., например, Гальперин М. Л. *Невозможность исполнения требования исполнительного документа в неизменном виде: проблема процессуального или материального права?* // Закон. 2017. № 7. С. 27–40; Никифорюк Е. О. *Исполнимость как требование к судебным актам* // Исполнительное право. 2013. № 1. С. 40–42.

¹³⁰ Гальперин М.Л. *Невозможность исполнения требования*...С. 61.

¹³¹ См. Mourre A. *Judicial Penalties and Specific Performance* // *International Arbitration in Performance as a remedy: non-monetary relief in international arbitration*. ASA special series. № 30. 2011. P. 368.

¹³² В отличие от исполнимости как риска отмены решения, здесь речь идет не столько о риске истца, сколько о риске для правопорядков, исполняющих третейское решение. В связи с этим сам по себе тот факт, что истец принимает на себя риск неисполнимости третейского акта в процессуальном смысле, не может быть безусловным аргументом для вынесения арбитрами немонетарного решения.

¹³³ *Grayson-Robinson Stores, Inc. v. Iris Constr. Corp.*, 168 NE 2d 377 (NY 1960).

¹³⁴ Elder T. *Case Against Arbitral Awards of Specific Performance in Transnational Commercial Disputes* // *Arbitration International*. 1997. Vol. 13. P. 28.

¹³⁵ *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*. ICSID Case No. ARB/01/8. Award of 12 May 2005. §406–408.

¹³⁶ Даже в том случае, когда применимое к существу спора договорное право допускает иск об исполнении в натуре, арбитры могут счесть, что ограничения данного иска, свойственные юрисдикции, где предполагается исполнение судебного акта (если это возможно установить с учетом обстоятельств дела), применимы независимо от материального права, если они направлены на защиту данной юрисдикции от непропорциональных общественных издержек, связанных с исполнительным производством по немонетарным решениям. Другим вариантом аргументации (особенно если точное место исполнения определить невозможно) может быть применение арбитрами норм права места арбитража или транснациональных норм, ограничивающих доступность немонетарных способов правовой защиты, включая норму, кодифицированную в статье 7.2.2 Принципов УНИДРУА, которая предполагает взвешивание интересов истца в немонетарном решении и сложностей, связанных с его реализацией. См. Косцов В. Н. *Правовая природа способов правовой защиты*... С. 179–228. В международном публичном праве основанием для такого взвешивания также может выступать быть норма обычного

Выводы

Как показал проведенный анализ, обязанность арбитров вынести исполнимое решение на практике постепенно становится «черной дырой» международного арбитража: арбитры и стороны зачастую подменяют анализ более тонких юридических концепций, включая правила о сверхимперативных нормах, о выборе применимого права и установлении его содержания, об установлении юрисдикции (принцип *Kompetenz-Kompetenz*), ссылаясь на обязанность вынести исполнимое решение и своими догадками относительно того, будет ли решение приведено в исполнение в той или иной юрисдикции. Такой подход способен лишить смысла сам институт международного арбитража, который неизбежно предполагает возможность существенных отличий между разрешением споров в государственном суде и в международном арбитраже даже в случае, когда к отношениям сторон применимо то же самое материальное право.

Во многом ситуация с обязанностью вынести исполнимое решение напоминает дискуссию о существовании в международном публичном праве доктрины «чистых рук» (англ.: *clean hands*), согласно которой заявитель не может обращаться за международной защитой, если он сам был вовлечен в неправомерное поведение¹³⁷. В действительности в международном праве уже есть целый ряд доктрин, которые более тонким и предсказуемым образом разрешают те же самые проблемы, что и доктрина «чистых рук»: принцип *exceptio non adimpleti contractus* (возражение о неисполненном договоре), позволяющий контрагенту приостановить свое исполнение в случае нарушения договора другой стороной¹³⁸, правила об усугублении вреда (англ.: *contributory fault*), позволяющие снизить размер ответственности, если противоправное поведение другой стороны повлияло на последствия нарушения¹³⁹, правила о контрмерах, которые исключают квалификацию поведения ответчика в качестве противоправного деяния¹⁴⁰ и др.¹⁴¹. Однако дискуссия вокруг доктрины «чистых рук» не утихает, поскольку велик соблазн найти более простое и грубое решение тем проблемам, на которые призваны реагировать более нюансированные юридические концепции.

Склонность юристов подменять более тонкий юридический анализ ссылками на исполнимость решения в контексте международного арбитража также вполне объяснима человеческой психологией. Но с соблазном найти простые решения сложным юридическим проблемам следует бороться — в первую очередь путем правильного понимания пределов применения обязанности арбитров вынести исполнимое решение. Вместо ее сугубо лингвистического толкования следует ориентироваться на то, что эта обязанность не должна подменять собой другие институты и не может вступать в противоречие с базовыми обязанностями арбитров по установлению и осуществлению собственной юрисдикции, выбору применимого права, толкованию норм применимого права и разрешению спора согласно внутреннему убеждению и с учетом доводов сторон, а не с оглядкой на мнение государственных судов.

права, кодифицированная в статье 35 Статей об ответственности государств, которая требует пропорциональности применяемого способа правовой защиты последствиям нарушения. *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador*. ICSID Case No ARB/06/11. Decision on Provisional Measures of 17 August 2007. §80.

¹³⁷ См., например, Dumberry P. *The Clean Hands Doctrine as a General Principle of International Law* // *The Journal of World Investment & Trade*. 2020. Vol. 21. № 4. P. 489–527; Усоскин С. В. *Соглашения о поощрении и защите инвестиций и национальное законодательство: о чистых руках и не только* // *Международное правосудие*. 2016. № 1. С. 104–112.

¹³⁸ См., например, Венская конвенция о праве международных договоров (Вена, 1969 год). Ст. 60.

¹³⁹ См. Статьи об ответственности государств, подготовленные Комиссией международного права ООН и принятые резолюцией ГА ООН 56/83 от 12 декабря 2001 года. Ст. 39.

¹⁴⁰ Там же. Ст. 22.

¹⁴¹ Конечно, эти принципы касаются разрешения спора по существу, в то время как принцип «чистых рук» нередко предлагается рассматривать в качестве юрисдикционной доктрины, направленной на недопущение использования арбитража в противоправных целях. Однако необходимость отклонения требований именно по юрисдикционным причинам, а не в качестве отклонения иска по существу, не следует из тех политико-правовых причин, по которым предлагается выделять принцип чистых рук. Разделение между юрисдикцией и существом спора также имеет ограниченное практическое значение, особенно в отсутствие бифуркации процедуры. К тому же в международном инвестиционном арбитраже уже есть концепция юрисдикционного возражения о незаконности поведения инвестора при совершении инвестиций (англ.: *plea of illegality*), хотя и необходимость его выделения также не бесспорна. См. Douglas Z. *The Plea of Illegality in Investment Treaty Arbitration* // *ICSID Review*. Vol. 29. № 1. 2014. P. 155–186. Вопрос о принципе «чистых рук» в международном арбитраже выходит за рамки настоящего исследования: для нас важно лишь, что при его обсуждении в литературе и практике редко можно встретить обоснование, как именно он должен соотноситься с уже существующими концепциями, которые имеют схожую политико-правовую логику (включая принцип усугубления вреда), и почему эти принципы недостаточны для разрешения той проблемы, на которую он направлен — что делает ситуацию с этим принципом схожей с рассматриваемой нами проблематикой. Если принцип «чистых рук» будет признан в международном праве, необходимо определить его четкое содержание, чтобы он не подменял уже существующие правовые концепции.

В реальности обязанность вынести исполнимое решение редко актуальна, а большинство ссылок на нее ошибочны. Во многом наш анализ в принципе способен поставить под сомнение целесообразность выделения такой обязанности в международном арбитраже, несмотря на доминирующее в доктрине и практике мнение, учитывая, что ее реальное нормативное значение несущественно. В любом случае данная обязанность представляет собой лишь процессуальный инструмент, который в единичных случаях может восполнить пробелы в правилах процедуры и, например, помочь обосновать то или иное процессуальное полномочие арбитров, которое прямо не предусмотрено в *lex arbitri* или в применимых арбитражных правилах, но необходимо для защиты целостности арбитражной процедуры.

DUTY TO RENDER AN ENFORCEABLE AWARD IN INTERNATIONAL ARBITRATION: A CRITICAL ANALYSIS

AVDULOVA A., KOSTSOV V.

Anna Avdulova — Master of Laws, Associate at Ivanyan and Partners Law Firm, Moscow, Russia (avdannaevg@gmail.com).

Vladimir Kostsov — Master of Laws (Harvard University), Counsel at Sirota & Partners Law Firm, Moscow, Russia (vladimirkostsov@gmail.com).
ORCID: 0000-0001-8444-1142

Abstract

The authors critically analyse the arbitrators' duty to render an enforceable award, which is often considered as a starting point for resolving a number of legal issues arising in the course of arbitration proceedings. The authors prove that this duty cannot replace other legal instruments and has no independent role in resolving issues of jurisdiction, applicable law or merits. This duty originates from the arbitration agreement and serves the private interests of disputing parties. Hence, it cannot be used to take account of the public interests of states or the international community. The mere fact that a future award will be enforced in a particular jurisdiction or can be set aside in this jurisdiction does not mean that this jurisdiction has a sufficient connection with the subject-matter of the dispute for arbitrators to apply its law or its overriding mandatory rules — and vice versa, the mere fact that a particular state is not the seat of arbitration or will not be a place of enforcement of the future award does not mean that its law cannot be applicable in the international arbitration proceedings. These issues are subject to more nuanced legal rules concerning choice of law and establishing the content of applicable law as well as the rules concerning the application of overriding mandatory rules of third states and transnational public policy. On top of that, the competence that the parties confer on arbitrators when concluding an arbitration agreement implies the arbitrators' duty to independently determine their jurisdiction (the competence-competence principle) and resolve the dispute through their own legal analysis of applicable law and circumstances of the case. If arbitrators substitute this analysis with an attempt to predict how a particular state court (whose law is not applicable) will react to their decision at the enforcement stage, then their award may be subject to setting aside as rendered with negative excess of competence. For these reasons, this article demonstrates that the arbitrator's duty to render an enforceable award, as a general rule, merely has a gap-filling role in procedural matters and, for example, can be used to justify arbitrator's implied powers to take certain procedural actions that are not expressly stipulated in the parties' agreement or applicable procedural rules. However, most references to this duty in practice are erroneous.

Key words

international arbitration, arbitrators' duties, arbitration procedure, enforceable award, setting aside, recognition and enforcement

Citation: Avdulova A., Kostsov V. Obyazannost' vynesiti ispolnimoe reshenie v mezhdunarodnom arbitrazhe: kriticheskii analiz [Duty to Render an Enforceable Award in International Arbitration: a Critical Analysis] // Zhurnal VSHÉ po mezhdunarodnomu pravu (HSE University Journal of International Law). 2023. Vol. 1. № 2. P. 4–31.

<https://doi.org/10.17323/jil.2023.18179>

References / Список источников

- Abdel Wahab M. S. (2015) *Iura Novit Arbiter in International Commercial Arbitration: The Known Unknown in Ziadé N. G. (ed.) Festschrift Ahmed Sadek El-Kosheri. Kluwer Law International, pp. 33–40.*
- Aksyonov A. G. (2020) *Pravovoe regulirovanie mezhdunarodnykh kommerchekikh kontraktov v usloviyakh ekonomicheskikh sanktsiy [Legal Regulation of International Commercial Contracts in the Context of Economic Sanctions]. Vestnik arbitrazhnoy praktiki, no. 5, pp. 86–100. (In Russian).*
- Alessi D. (2014). *Enforcing Arbitrator's Obligations: Rethinking International Commercial Arbitrators' Liability. Journal of International Arbitration, vol. 31, no. 6, pp. 735–784.*
- Asoskov A. V. (2012) *Kollizionnoe regulirovanie dogovornykh obyazatelstv [Conflict of Laws Regulation of Contractual Obligations]. Moscow: Infotropik Media. (In Russian).*

- Asoskov A. V. (2018) Narushenie publichnogo poryadka kak osnovanie dlya otказа v prinuditel'nom ispolnenii resheniy mezhdunarodnykh kommercheskikh arbitrazhey, prinyatykh na territorii Rossiyskoy Federatsii [Violation of public policy as a ground for non-enforcement of international commercial arbitral awards made within the Russian Federation]. *Zakon*, no. 9, pp.134–142. (In Russian).
- Asoskov A. V. (2017) *Osnovy kollizionnogo prava* [Fundamentals of Conflict of Laws], Moscow: M-Logos. (In Russian).
- Avdulova A. E. (2019) Obyazonnost' vynesti ispolnimoe reshenie v mezhdunarodnom kommercheskom arbitrazhe [Arbitrator's Duty to Render an Enforceable Award in International Commercial Arbitration]. *Molodoy Uchyonyy*, vol. 22, no. 260, pp. 266–270. (In Russian).
- Basedow J., Kono T. (eds) (2006) *An Economic Analysis of Private International Law*, Tübingen : Mohr Siebeck.
- Bedjaoui M. (1988) The Arbitrator: One Man-Three Roles: Some Independent Comments on the Ethical and Legal Obligations of an Arbitrator. *Journal of International Arbitration*, vol. 5, no. 1, pp. 7–20.
- Bentolila D. (2017) Arbitrators as Lawmakers. *International Arbitration Law Library Series*, vol. 43, pp. 24–26. Kluwer Law International.
- Berger K. P. (1992) The International Arbitrators' Application of Precedents. *Journal of International Arbitration*, vol. 9, no. 4, pp. 5–22.
- Blackaby N., Partasides C., et al. (2023) *Redfern and Hunter on International Arbitration* (Seventh Edition). 7th ed. Oxford University Press.
- Blanke G. (2009) *The Arbitration Agreement and Arbitrability — EC Competition Law Claims in International Arbitration*. Austrian Arbitration Yearbook. Vienna: CH Beck.
- Bonell M. (2000) The UNIDROIT Principles and Transnational Law. *Uniform Law Review*, vol. 5, no. 2, pp. 199–217.
- Boog C., Moss B. (2013) Arbitrability, Foreign Mandatory Law and the Lazy Myth of the Arbitral Tribunal's Obligation to Render an Enforceable Award: A Case Note on Swiss Federal Supreme Court Cases 4A_654/2011 and 4A_388/2012. *ASA Bulletin*, vol. 31, no. 3, pp. 647–658.
- Borchers P. J. (2016) An Essay on Predictability in Choice-of-Law Doctrine and Implications for a Third Conflicts Restatement. *Creighton Law Review*, vol. 49, no. 3, pp. 495–506.
- Born G. B. (2015) *International Arbitration: Cases and Materials* (Second Edition). 2nd ed. Kluwer Law International.
- Born G. B. (2021) *International Commercial Arbitration* (Third Edition). 3rd ed. Kluwer Law International.
- Brilmayer L., Goldsmith J., O'Connor E. (2015) *Conflict of Laws: Cases and Materials* (Seventh Edition). Wolters Kluwer.
- Carbone G. (2012) Interference of the Court of the Seat with International Arbitration, The Symposium. *Journal of Dispute Resolution*, no. 1, pp. 217–244.
- Chong A. (2012) Transnational public policy in civil and commercial matters. *Law Quarterly Review*, vol. 128, pp. 88–113.
- Choong J., Mangan M., et al. (2018) *A Guide to the SIAC Arbitration Rules* (Second Edition), 2nd ed, Oxford University Press.
- Chuprunov I. S. (2013) Arbitrabel'nost': primenimoe pravo i vliyanie so storony sverkhimperativnykh norm [Arbitrability: applicable law and the impact of overriding mandatory rules] in Asoskov A. V., Vilkova N. G., Khodykin R. M. (eds) *Novye gorizonty mezhdunarodnogo arbitrazha* [New horizons in international arbitration], Vol. 1, Moscow: Infotropik Media.(In Russian).
- Clay T. (2009) The Role of the Arbitrator in the Execution of the Award. *ICC Bulletin*, vol. 20, no. 1, pp. 43–50.
- Darwazeh N. (2010) Article V(1)(e) in Kronke H., Nacimiento P., et al. (eds) *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, Kluwer Law International, pp. 301–343.

- De Brabandere E. (2020) The (Ir)relevance of Transnational Public Policy in Investment Treaty Arbitration – A Reply to Jean-Michel Marcoux. *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 21, no. 6, pp. 847–866.
- De Varey-Somm'er P., Getman-Pavlova I. V. (2014) Mezhdunarodnyy i vnutreniy publichnyy poryadok pri priznanii i ispolnenii inostrannykh arbitrazhnykh resheniy (pravoprimeritel'nyy opyt Frantsii i Rossii) [International and Domestic Procedure of Ordre Public to Recognize and Enforce Foreign Arbitral Awards (Enforcement in France and Russia)]. *Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki*, vol. 1, no. 140–168. (In Russian).
- Dergachyov A. A. (2002) Voie directe v mezhdunarodnom kommercheskom arbitrazhe [Voie Directe in International Commercial Arbitration]. *Tretyeskiy sud*, no. 1, pp. 91–98. (In Russian).
- Donovan D. F., Greenawalt A. K. A. (2006) Mitsubishi After Twenty Years: Mandatory Rules Before Courts and International Arbitrators in Mistelis L., Lew J. (eds) *Pervasive Problems in International Arbitration*. International Arbitration Law Library, no. 15, pp. 11–60.
- Douglas Z. (2014) The Plea of Illegality in Investment Treaty Arbitration. *ICSID Review*. vol. 29, no. 1, pp. 155–186.
- Draetta U., Luzzatto R. (2012) *The Chamber of Arbitration of Milan Rules: A Commentary*. Juris Publishing, Inc.
- Dražozal C. R. (1998) Judicial Incentives and the Appeals Process. *SMU Law Review*, vol. 51, no. 469–503.
- Dumberry P. (2020) The Clean Hands Doctrine as a General Principle of International Law. *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 21, no. 4, pp. 489–527.
- Elder T. (1997) Case Against Arbitral Awards of Specific Performance in Transnational Commercial Disputes. *Arbitration International*, vol. 13, pp. 1–32.
- Ferrari F., Rosenfeld F. J. (eds) (2021) *Autonomous Versus Domestic Concepts under the New York Convention*. International Arbitration Law Library Series. Vol. 61. Kluwer Law International.
- Fouchard P., Gaillard E., Goldman B. (1999) *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International.
- Franco F., Cordero-Moss G. (eds) (2018) *Iura novit curia in international arbitration*. Juris.
- Gaillard E., Banifatemi Y. (2008) Negative effect of competence-competence: the rule of priority in favour of the arbitrators in Gaillard E., Pietro D. (eds) *Enforcement of arbitration agreements and international arbitral awards: the New York Convention in practice*. London: Cameron May, pp. 257–273.
- Gaillard E., Penushliski I. (2020) State Compliance with Investment Awards. *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 35, no. 3, pp. 540–594.
- Galperin M. L. (2021) *Ispolnitel'noe proizvodstvo: uchebnik dlya vuzov [Enforcement proceedings: textbook for universities]*. Moscow: Yurait. (In Russian).
- Galperin M. L. (2017) Nevozmozhnost' ispolneniya trebovaniya ispolnitel'nogo dokumenta v neizmennom vide: problema protsessual'nogo ili material'nogo prava? [Unavoidable alterations in execution: is the challenge procedural or substantive?]. *Zakon*, no. 7, pp. 27–40. (In Russian).
- Galperin M. L. (2020) Politizatsiya prava ili legalizatsiya politiki? O justiciability i doktrine «politicheskogo voprosa» na primere mezhdunarodnogo pravosudiya [Politicking law or legalising politics? Justiciability and the "political question" on the examples from international justice]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, vol. 4, no. 36, pp. 45–58. (In Russian).
- Galperin M. L. (2012) *Transnatsional'noe ispolnitel'noe proizvodstvo: vzglyad v budushhee [Cross-border enforcement proceedings: a look into the future]*. *Zakon*, no. 5, pp. 140–146. (In Russian).
- Girsberger D., Voser N. (2021) *International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives (Fourth Edition)*. 4th ed. Schulthess Juristische Medien AG.
- Horvath G. J. (2001) The Duty of the Tribunal to Render an Enforceable Award // *Journal of International Arbitration*, vol. 18, no. 2, pp. 135–158.
- Karrer P. (2005) Must an Arbitral Tribunal Really Ensure that its Award is Enforceable? in Aksen G. (ed.) *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution*. Liber Amicorum Briner. ICC Publishing.

- Kostsov V. N. (2023) Arbitrabel'nost' sporov i polnomochiya arbitrov: sootnoshenie material'nogo i protsessual'nogo prava [Substance and Procedure in Arbitrability of Disputes and Powers of Arbitrators]. *Vestnik ekonomicheskogo pravosudiya*, no. 6, pp. 86–113. (In Russian).
- Kostsov V. N. (2021) Pravovaya priroda sposobov pravovoy zashchity cherez prizmu mezhdunarodnogo grazhdanskogo protsessa [Nature of Legal Relief through the Lens of International Civil Procedure]. *Vestnik grazhdanskogo protsessa*, vol. 11, no. 4, pp. 179–228. (In Russian).
- Kramer L. (1990) Rethinking Choice of Law. *Columbia Law Review*, vol. 90, no. 2, pp. 277–345.
- Ksenofontov K. E. (2015) Ekspropriatsiya sobstvennosti inostrannogo investora v mezhdunarodnom investitsionnom prave [Expropriation of a foreign investor's property in international investment law]. PhD thesis. Moscow. (In Russian).
- Lalive P. (1987) Transnational (or Truly International) Public Policy in International Arbitration in Sanders P. (ed). *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*. New York.
- Lebedeva S.N., Kabatova E. V. (eds) (2011) *Mezhdunarodnoe chastnoe pravo: uchebnik* [Private international law: Textbook], Moscow: Statut. Vol. 1. (In Russian).
- Lunaeva T. A. (ed.) (2018) *Mezhdunarodnyj kommercheskij arbitrazh: Uchebnik* [International commercial arbitration: Textbook], 2nd ed., Moscow: Statut. (In Russian).
- Lew J. D. M. (1978) *Applicable Law in International Arbitration*. New York: Oceana.
- Lozada F. P. (2016) Duty to Render Enforceable Awards: the Specific Case of Impartiality. *Spain Arbitration Review*, vol. 27, pp. 71–94.
- Michaels R. (2014) The UNIDROIT Principles as Global Background Law. *Uniform Law Review*, vol. 19, no. 4, pp. 643–668.
- Mistelis L., Baltag C. (2008) Recognition and Enforcement of Arbitral Awards and Settlement in International Arbitration: Corporate Attitudes and Practices. *The American Review of International Arbitration*, vol. 19, pp. 319–375.
- Mourre A. (2011) Judicial Penalties and Specific Performance in International Arbitration in Schneider M., Knoll J. (eds) *Performance as a remedy: non-monetary relief in international arbitration*. ASA special series no. 30, pp. 355–378.
- Newman L. W., Hill R. D. (2014) *Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration*. Juris Publishing, Inc.
- Neylan K. M. (2015) *Bundled Systems and Better Law: Against the Leflar Method of Resolving Conflicts of Law*. Harvard Law School.
- Nikiforyuk E. O. (2013) Ispolnimost' kak trebovanie k sudebnym aktam [Enforceability as a Requirement for Judicial Acts]. *Ispolnitel'noe pravo*, no. 1, pp. 40–42. (In Russian).
- Nyarko J. (2019) We'll See You in . . . Court! The lack of arbitration clauses in international commercial contracts. *International Review of Law and Economics*, vol. 58, pp. 6–24.
- Ojedokun O., Akabuiro D. O. (2022) The Concept of the Seat in International Arbitration: Unlocking the Judicial Challenge of Interpretation of Conflict of Laws. *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, vol. 88, no. 4, pp. 659–662.
- Panov A. A. (2013) *Printsip "jura novit curia" v mezhdunarodnom kommercheskom arbitrazhe* ["Jura novit curia" principle in international commercial arbitration] in Asoskov A.V., Vilkova N.G., Khodykin R.M. (eds) *Novye gorizonty mezhdunarodnogo arbitrazha* [New horizons in international arbitration], Vol. 1, Moscow: Infotropik Media. (In Russian).
- Park W. W. (2011) *The Four Musketeers of Arbitral Duty: Neither One-For-All nor All-For-One* in Derains Y., Lévy L. (eds). *Is Arbitration only As Good as the Arbitrator? Status, Powers and Role of the Arbitrator*. *Dossiers of the ICC Institute of World Business Law*, vol. 8, pp. 25–45.
- Paulsson J. (2011) *Arbitration in three dimensions*. *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 60, no. 2, pp. 291–324.
- Platte M. (2003) *An Arbitrator's Duty to Render Enforceable Awards*. *Journal of International Arbitration*, vol. 20, no. 3, pp. 307–313.

- Plekhanov V. V., Usoskin S. V. (2012) *Avtonomiya mezhdunarodnogo kommercheskogo arbitrazha: k voprosu o koordinatsii mezhdurazlichnymi yurisdiksiyami v protsesse priznaniya i privideniya v ispolnenie resheniy mezhdunarodnogo kommercheskogo arbitrazha* [Autonomy of International Commercial Arbitration: On the Issue of Coordination between Different Jurisdictions in the Process of Recognition and Enforcement of International Commercial Arbitration Awards]. *Vestnik mezhdunarodnogo kommercheskogo arbitrazha*, vol. 1, pp. 31–60. (In Russian).
- Posner R. A. (2014) *What Do Arbitrators Maximize?* in Nobel P., Krehan K. and von Ins P. (eds). *Law and Economics of International Arbitration*. Zurich: Schulthess.
- Posner R. A. (1993) *What Do Judges and Justices Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does)*. *Supreme Court Economic Review*, vol. 3, no. 1, pp. 1–41.
- Redfern A., Hunter M. (1999) *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. Sweet & Maxwell.
- Renner M. (2009) *Towards a Hierarchy of Norms in Transnational Law?*. *Journal of International Arbitration*, vol. 26, no. 4, pp. 533–555.
- Sabater A., Rezende L. (2019) *An Arbitrator's Obligation to Use Reasonable Efforts to Issue an Enforceable Award and Its Interaction with the New York Convention* in Gomez K. F., Lopez-Rodriguez A. M. (eds). *60 Years of the New York Convention: Key Issues and Future Challenges*. Kluwer Law International.
- Schneider M. (2011) *Non-Monetary Relief in International Arbitration: Principles and Arbitration Practice* in Schneider M., Knoll J. (eds) *Performance as a remedy: non-monetary relief in international arbitration*. ASA special series no. 30, pp. 3–48.
- Schwartz E. A., Derains Y. (1998) *A Guide to the New ICC Rules of Arbitration*. Kluwer Law International.
- Schwartz E., Derains Y. (2005) *Guide to the ICC Rules of Arbitration (Second Edition)*. 2nd ed. Kluwer Law International.
- Sheppard A. (2003) *Interim ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards*. *Arbitration International*, vol. 19, no. 2, pp. 217–248.
- Smbatyan A. S. (2012) *Resheniya organov mezhdunarodnogo pravosudiya v sisteme mezhdunarodnogo publichnogo prava* [Decisions of International Judicial Bodies in the System of Public International Law]. Moscow: Statut. (In Russian).
- Stratis G. (2020) *Mezhdunarodnyy investitsionnyy arbitrazh, svyazanny s voprosami vzyatochnichstva i korrupsii: nekotorye predvaritel'nye soobrazheniya* [International Investment Arbitration Related to Bribery and Corruption: Some Preliminary Considerations]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, no. 1, pp. 24–32. (In Russian).
- Timmer L. (2013) *Manifest Excess of Powers as a Ground for the Annulment of ICSID Awards*. *Journal of World Investment and Trade*, vol. 14, no. 5, pp. 775–803.
- Treushnikov M. K. (ed.) (2015) *Grazhdanskiy protsess. Khrestomatia* [Civil procedure. Anthology]. Moscow: Gorodets.
- Tschani R. (2011) *Specific Issues in Different Types of Contractual Relations: Corporate Disputes* in Schneider M., Knoll J. (eds) *Performance as a remedy: non-monetary relief in international arbitration*. ASA special series no. 30, pp. 211–246.
- Turner P. J., Mohtashami R. (2009) *A Guide to the LCIA Arbitration Rules*. Oxford University Press.
- Usoskin S. V. (2016) *Soglasheniya o pooshchrenii i zashchite investitsiy i natsional'noe zakonodatel'stvo: o chistikh rukakh i ne tol'ko* [Agreements on Encouragement and Protection of Investments and National Legislation: On the Issue of Clean Hands and Not Only]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, vol. 1, pp. 104–112. (In Russian).
- Vilkova N. (2019) *Aktual'nye voprosy pravovogo regulirovaniya arbitrazhnogo soglasheniya v Rossiyskoy Federatsii* [Current Issues of Legal Regulation of an Arbitration Agreement in the Russian Federation] in Greshnikov I. *Mezhdunarodnyy kommercheckiy arbitrazh i voprosi chastnogo prava* [International Commercial Arbitration and Private Law Issues], 2nd ed., Moscow: Statut. (In Russian).
- Waincymer J. (2012) *Procedure and Evidence in International Arbitration*. Kluwer Law International.

Warioba J. (2001) *Monitoring Compliance with and Enforcement of Binding Decisions of International Courts*. Max Planck Yearbook of United Nations Law, vol. 5, pp. 41–52.

Zasemkova O. F. (2018) *Sverkhimperativnye normy: teoriya i praktika* [Overriding mandatory rules: theory and practice], Moscow: Infotropik Media. (In Russian).

Zhiltsov A. N. (2004) *Imperativnye normy v mezhdunarodnom kommercheskom arbitrazhe* [Mandatory rules in international commercial arbitration]. Vestnik mezhdunarodnogo kommercheskogo arbitrazha, no. 2, pp.16–42. (In Russian).

Zhiltsov A. N. (1998) *Primenimoe pravo v mezhdunarodnom kommercheskom arbitrazhe: imperativnye normy*. [Applicable law in international commercial arbitration: mandatory rules] PhD thesis. Moscow. (In Russian).