

Границы юрисдикций государств в отношении международного коммерческого арбитража

Е. Е. Евсеев

Для цитирования: *Евсеев Е. Е.* Границы юрисдикций государств в отношении международного коммерческого арбитража // Правоведение. 2019. Т. 63, № 3. С. 440–459. <https://doi.org/10.21638/spbu25.2019.306>

Статья посвящена проблеме привязки арбитражного разбирательства к месту его проведения. Подобная привязка, обоснованная в доктрине через постулаты юридического позитивизма в первой четверти XX в. и имплементированная в первые международные договоры, касающиеся международного коммерческого арбитража, в настоящее время утратила свою практическую значимость и создает немало трудностей для всех участников арбитражного разбирательства. На протяжении многих десятилетий складывается устойчивая тенденция к выделению международного коммерческого арбитража в особый автономный правопорядок, что выражается как в доктринальной теории делокализации международного коммерческого арбитража, так и в законодательстве государств, проводящих в его отношении дружественную политику. Автор статьи рассматривает часть проблем, порождаемых существованием привязки арбитражного разбирательства к законам места его проведения, проводит историко-правовой анализ возникновения и развития данной привязки, анализирует существующие концепции о природе института международного коммерческого арбитража, в которых обосновывается необходимость привязки арбитражного разбирательства к той или иной государственной юрисдикции либо отсутствие подобной необходимости. На основе детального рассмотрения отдельных составляющих процедуры споров в международном коммерческом арбитраже, существующих проявлений его автономизации, а также проблем институтов оспаривания, признания и приведения в исполнение арбитражного решения автор делает выводы о возможности отказа от привязки регулирования арбитражного разбирательства к правопорядку места его проведения, а также предлагает возможные пути реализации подобного отказа.

Ключевые слова: международный коммерческий арбитраж, правовая природа, место арбитражного разбирательства, делокализация, автономизация, отмена арбитражного решения, арбитрабельность, публичный порядок, коллизионные нормы, выбор применимого права.

Введение

Международный коммерческий арбитраж (далее — МКА) является признанным инструментом разрешения трансграничных коммерческих споров. С каждым годом число обращений за проведением арбитражного разбирательства в постоянно действующие институциональные арбитражные центры, как правило, растет¹. Этому способствуют не только конфиденциальный и неформальный

¹ Источник — статистика, указанная на сайтах ведущих арбитражных центров: sccinstitute.com, iccwbo.org, lcia.org, siac.org.sg, mkas.tpprf.ru

Евсеев Евгений Евгеньевич — студент, Санкт-Петербургский государственный университет, Российская Федерация, 199034, Санкт-Петербург, Университетская наб., 7–9; индивидуальный предприниматель, Российская Федерация, 197348, Санкт-Петербург, пр. Коломяжский, 15; uojegg@yandex.ru

© Санкт-Петербургский государственный университет, 2020

характер разбирательства в МКА, беспристрастность его арбитров и короткие сроки, отводимые для вынесения решения², но и усиление процессов глобализации, выражающееся в росте объема международных торговых связей, что приводит к размыванию жестких границ между государствами и к необходимости чаще обращаться в случае возникновения споров не к государственным судьям, а к нейтральному, заслуживающему высокого доверия форуму³.

При этом МКА продолжает испытывать сильное влияние вмешательства государственной юрисдикции в сферу его деятельности, выражающееся, как правило, в подчинении арбитражного разбирательства регулированию со стороны правопорядка места проведения арбитража⁴, что создает немало трудностей в практике разрешения споров арбитражем, которые будут подробно рассмотрены ниже. С тех пор как привязка к *lex loci arbitri* (лат. закон места проведения арбитражного разбирательства) впервые возникла, была обоснована в доктрине и имплементирована в текст Женевского протокола 1923 г. об арбитражных оговорках⁵ (далее — Женевский протокол 1923 г.), прошло немало времени. Изменилась объективная реальность, на которой основывалась необходимость введения подобной привязки, изменилось правовое регулирование МКА в подавляющем большинстве правопорядков, усилилось саморегулирование отношений в сфере международной торговли ведущими арбитражными институтами⁶. В настоящее время идеи теории делокализации МКА, т. е. создания автономного арбитражного правопорядка вне границ какой-либо государственной юрисдикции, поддерживает большинство участников транснациональных экономических отношений⁷.

Проблема реализации этих идей особенно актуальна для стран, которые в правовом регулировании МКА все еще отражают консервативные взгляды территориалистской концепции МКА и усиливают административный и судебный контроль за ним⁸. Это приводит к оправданному желанию субъектов международной торговли перенести свои споры в проарбитражную юрисдикцию или передать их на рассмотрение арбитражей *ad hoc*, которые испытывают меньший контроль со стороны государства⁹.

В связи с этим цели автора настоящей статьи — критический анализ проблемы вмешательства государств в сферу деятельности МКА, выявление границ допустимости подобного вмешательства, изучение концептуальных оснований привязки МКА к правопорядку места проведения арбитража, а также обоснование возможностей и путей отказа от этой привязки.

² См. об этом: *Карбельников Б. Р.* Международный коммерческий арбитраж: учебник. М.: Инфотропик Медиа, 2012. С. 28–30.

³ См. подробнее: *Правдина А. А.* Феномен делокализации международного коммерческого арбитража // *Международное право.* 2017. № 2. С. 7–18. URL: https://nbpublish.com/library_read_article.php?id=23161 (дата обращения: 04.04.2020).

⁴ См. об этом: *Чупрунов И. С.* Проблематика определения права, применимого к вопросам арбитрабельности // *Вестник гражданского права.* 2011. № 5. С. 92–127. URL: <https://wiselawyer.ru/poleznoe/50403-problematika-opredeleniya-prava-primenimogo-voprosam-arbitrabelnosti> (дата обращения: 04.04.2020).

⁵ Протокол об арбитражных оговорках, подписан в Женеве 24.09.1923 // *Регистр текстов международных конвенций и других документов, касающихся права международной торговли.* Т. II. Нью-Йорк: ООН, 1973. С. 10.

⁶ См. подробнее: *Астахова Д. О.* Тенденция делокализации международного коммерческого арбитража: дис. ... канд. юрид. наук. М.: МГИМО, 2019. С. 6.

⁷ См., напр.: *Правдина А. А.* Феномен делокализации...

⁸ См. об этом: *Астахова Д. О.* Тенденция делокализации... С. 152.

⁹ См. подробнее: *Скворцов О. Ю.* Принцип патернализма и регулирование арбитража в Российской Федерации // *Международный коммерческий арбитраж и вопросы частного права:* сб. ст. М.: Статут, 2018. С. 127.

Понятие государственного вмешательства в деятельность международного коммерческого арбитража и некоторые причины, обуславливающие необходимость его делегализации

Чтобы корректно анализировать проблему вмешательства и влияния государственной юрисдикции на МКА, необходимо в первую очередь определить, что подразумевается под этим вмешательством и каковы его допустимые границы. Разумеется, когда заходит речь о создании автономного арбитражного правопорядка, полное дистанцирование МКА от государственной юрисдикции не предполагается¹⁰. Поскольку МКА не опирается сам по себе на аппарат государственного принуждения, обращение в государственный суд для приведения в исполнение арбитражного решения может быть необходимым в случае, когда проигравшая сторона отказывается исполнять его добровольно. Кроме этого, в рамках арбитражного разбирательства иногда возникает потребность в проведении отдельных процессуальных действий, например, при принятии обеспечительных мер либо в ситуации, когда сторона арбитража *ad hoc* уклоняется от формирования его состава, а контрактом не предусмотрен иной механизм преодоления подобных разногласий.

В связи с этим необходимо разделять, с одной стороны, непосредственное вмешательство государственной юрисдикции в МКА, являющееся излишним и действующим в ущерб интересам его участников, а с другой — содействие государственных судов арбитражному разбирательству, без которого последнее, скорее всего, полностью утратит практическую значимость. Как в конституционном праве под автономией понимается «конституционно закрепленное внутреннее самоуправление части территории государства»¹¹, так и автономия МКА не приравнивается к его полной независимости от государственной юрисдикции¹².

Главным становится то, по какому принципу необходимо относить то или иное действие государственной власти к вмешательству, а какое — к содействию арбитражу. Чтобы достичь понимания этого, стоит задать вопрос, приводит ли это действие к подчинению арбитража государственной системе либо оно исходит из дружественной по отношению к МКА позиции и ведет к усилению его автономии¹³.

Например, вряд ли можно назвать дружественной арбитражу политику российских властей, усиливших в 2016 г. административный контроль за организацией и осуществлением деятельности иностранных арбитражных учреждений, чья репутация не вызывает никаких сомнений, путем введения их обязанности получать разрешение на ведение деятельности в России¹⁴. В итоге борьба со злоупотреблениями внутренних третейских судов вылилась в создание необоснованных ограничений в отношении МКА; О. Ю. Скворцов считает это опасным, поскольку МКА таким образом втягивается в систему государственной юрисдикции¹⁵, что, конечно, противоречит самой идее этого института, состоящей, по мнению Я. Полссона, в согласовании свободы и права¹⁶.

¹⁰ См. об этом: Курочкин С. А. Современная доктрина международного коммерческого арбитража: тенденции развития // Третейский суд. 2015. № 4. С. 97.

¹¹ Баглай М. В., Лейбо Ю. И., Энтин Л. М. Конституционное право зарубежных стран: учебник. М.: Инфра-М, Норма, 2016. С. 162.

¹² См. об этом: Racine J.-B. Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international // Revue de l'arbitrage. 2005. Vol. 2. P. 308.

¹³ См. подробнее: Астахова Д. О. Тенденция делегализации... С. 68.

¹⁴ См. об этом: Там же. С. 154.

¹⁵ Скворцов О. Ю. Коммерческий арбитраж: эволюция парадигмы // Законы России: опыт, анализ, практика. 2017. № 4. С. 6.

¹⁶ Paulsson J. The Idea of Arbitration. Oxford: Oxford University Press, 2013. P. 1.

Другим примером негативного государственного вмешательства с точки зрения развития МКА в отдельно взятой стране может служить упоминаемая Э. Гайаром широко распространенная в некоторых странах практика вынесения судебных запретительных приказов на проведение арбитражного разбирательства в пользу местного делового сообщества, что делает проблему отказа от привязки к *lex loci arbitri* как никогда актуальной¹⁷.

Обратный пример правового регулирования, увеличивающего автономию МКА, — закрепление в законодательстве Сингапура положений об иммунитете арбитров и арбитражных институтов, а также возможности принудительного исполнения принятых арбитром обеспечительных мер¹⁸, тогда как в большинстве стран за их принятием сторонам приходится обращаться исключительно в государственные суды.

Рассмотрение всех аспектов и видов государственного влияния на МКА не входит в задачу этой статьи, поэтому далее речь пойдет именно о проблемах привязки арбитражного разбирательства к правопорядку места его проведения.

Статья 18 Типового закона ЮНСИТРАЛ 1985 г., имплементированного в законодательство о МКА большинства стран, участвующих в Конвенции ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (далее — Нью-Йоркская конвенция), в которой на данный момент участвуют 163 государства¹⁹, устанавливает принцип равного отношения к сторонам арбитражного разбирательства. Этот принцип последовательно нарушается посредством привязки регулирования споров к законам места проведения арбитража. Рассмотрим некоторые примеры.

Что касается участников споров из России, вследствие введения санкций ведущие международные юридические фирмы часто отказываются представлять интересы российских юридических лиц, в том числе тех, которые имеют лишь гипотетическую возможность попасть в санкционные списки²⁰. Как правило, это происходит из-за усложнения административных процедур при споре с участием лиц, попавших под санкции, что делает разбирательство долгим и неэффективным. Так, европейским банкам зачастую требуется получить разрешение от компетентных органов на денежные переводы сторонам, арбитражному центру, экспертам и арбитрам, если в арбитраже участвует лицо, находящееся под санкциями²¹. Кроме того, такое лицо не сможет номинировать арбитра из США, поскольку в этом случае сам арбитр подпадет под санкционное регулирование США²². Более того, по европейским законам споры из договоров, затронутых санкциями, перестали быть арбитрабельными²³.

Возникают сомнения в том, что отделение МКА в автономный правопорядок может полностью преодолеть проблему санкций, поскольку даже в нейтральной

¹⁷ *Gaillard E.* Legal Theory of International Arbitration. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff, 2010. P. 23–24.

¹⁸ См. об этом: *Астахова Д. О.* Тенденция делокализации... С. 135.

¹⁹ Статус текстов: Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 1958 год) // ЮНСИТРАЛ. URL: https://uncitral.un.org/ru/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2 (дата обращения: 14.04.2020).

²⁰ См. об этом: *Белова М. С., Никишина Е. М.* Стороны включили в контракт арбитражную оговорку. Помешают ли санкции рассмотрению спора // Арбитражная практика для юристов. 2018. № 7. С. 94.

²¹ Там же. С. 91.

²² См. подробнее: *Ядута В.* Международный арбитраж в условиях санкций // Российское агентство правовой и судебной информации. 2015. URL: http://rapsinews.ru/banking_law_publication/20150423/273608711.html (дата обращения: 04.04.2020).

²³ См. об этом: *Белова М. С., Никишина Е. М.* Стороны включили в контракт... С. 93.

Швейцарии, отказавшейся вводить собственные санкции против России, приняты меры по воспрепятствованию использованию ее юрисдикции для обхода европейского санкционного регулирования²⁴. Решение арбитража в пользу лица под санкциями может оказаться неисполнимым в государствах, где они введены, на основании санкционной неарбитрабельности предмета спора или нарушения тем самым публичного порядка этого государства, коль скоро данные основания, вытекающие из п. 2 ст. V Нью-Йоркской конвенции, суд проверяет *ex officio* на основании *lex fori executionis* (лат. закон суда по месту исполнения арбитражного решения)²⁵. Остается надеяться, что проблема санкций, лишь косвенно относящаяся к юриспруденции, будет решена в плоскости политики и дипломатии.

Указанную проблему вряд ли можно назвать глобальной в разрезе рассматриваемых вопросов. Сами участники международных экономических отношений считают, что усложнение администрирования арбитражных разбирательств в связи с санкциями в Европе не привело к серьезным сбоям в работе арбитражей²⁶.

Гораздо более заметной проблемой привязки к *lex loci arbitri* является затронутый выше вопрос неоднообразного регулирования арбитрабельности тех или иных предметов спора в различных правовых порядках. Это также может привести к сложностям при приведении в исполнение решений, отмененных по месту вынесения. Далеко не все правовые порядки признают возможность приведения в исполнение отмененных по *lex loci arbitri* решений, даже если такая отмена была основана на неарбитрабельности предмета спора, который по месту приведения в исполнение выступает арбитрабельным.

В связи с этим возникают справедливые сомнения в необходимости существования института оспаривания арбитражного решения по месту его вынесения, поскольку место проведения арбитража может быть вообще никак не связано ни с предметом спора, ни с арбитрами, ни со сторонами, ни с содержанием арбитражного решения, а интересы государства, где проходит арбитраж, чаще всего этими решениями даже не затрагиваются²⁷. В любом месте проведения арбитража стороны могут по своему желанию выбрать для регулирования спора процессуальное право какого угодно государства либо вовсе остановиться только на арбитражном регламенте, а то и на нормах *lex mercatoria* (лат. обычное торговое право).

Разумеется, сказанное не относится к ситуации, когда такая связь существует в действительности, т.е. когда стороны сознательно выбирают *lex loci arbitri* для регулирования процедуры проведения разбирательства. Однако на практике такой сознательный выбор происходит крайне редко, что дополнительно будет рассмотрено ниже в разрезе разговора о действительной воле сторон при выборе места проведения арбитража.

Эти и другие проблемы, обуславливающие необходимость отказа от привязки к *lex loci arbitri*, мы подробно проанализируем ниже.

Историко-правовой анализ эволюции привязки к *lex loci arbitri*

Для того чтобы обосновать возможность отказа от зависимости арбитражного разбирательства от правового порядка места его проведения, необходимо прежде всего изучить саму природу этой привязки, ее становление и развитие, а также

²⁴ См. подробнее: Ядута В. Международный арбитраж в условиях санкций.

²⁵ См. об этом: Карабельников Б. Р. Международный коммерческий арбитраж. С. 334.

²⁶ См. подробнее: Ядута В. Международный арбитраж в условиях санкций.

²⁷ См. об этом: Paulsson J. Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of Its Country of Origin // International and Comparative Law Quarterly. 1981. Vol. 30. P. 385–387.

проанализировать существующие теоретико-правовые концепции и взгляды, раскрывающие те или иные стороны данной проблемы.

Концепция привязки к *lex loci arbitri* зародилась в первой четверти XX в. в условиях повсеместного господства философско-правовых идей правового этатизма, в силу которого любое право есть продукт государства²⁸. Сложно представить, чтобы в то время автономия воли сторон могла рассматриваться как единственное основание легитимации арбитражного соглашения.

Этот подход закреплен в ст. 2 Женевского протокола 1923 г., который гласил, что арбитражная процедура определяется волей сторон и законом государства, где проходит арбитраж. Он развит в Женевской конвенции 1927 г., основанной на принципе «двойной экзекватуры», по которому для приведения в исполнение иностранного арбитражного решения нужно было сначала получить экзекватуру в государстве по месту его вынесения, а уже затем обращаться за приведением его в исполнение в суд по месту нахождения имущества проигравшей стороны²⁹. Этот принцип вкупе с низким уровнем доверия к МКА следующую четверть века обуславливал значительный контроль за деятельностью арбитров³⁰.

Влияние позитивистского подхода оказалось настолько прочным, что даже в условиях усиления процессов глобализации и изменения теоретико-правовой парадигмы в большинстве развивающихся стран после окончания Второй мировой войны концепция привязки к *lex loci arbitri* практически не подвергалась сомнению. Так, ст. 9 Резолюции Института международного права 1957 г. «Арбитраж в международном частном праве» предусматривала, что именно закон места проведения арбитража определяет, могут ли арбитры в отсутствие соглашения сторон определить процедуру разбирательства, либо они должны строго подчиняться *lex loci arbitri*³¹.

Тем не менее произошедшие изменения в объективной реальности и рост доверия к МКА отразились в Нью-Йоркской конвенции 1958 г. Был отменен принцип «двойной экзекватуры», контроль судов за деятельностью арбитров и их решениями существенно ослаблен путем введения закрытого перечня оснований для отмены арбитражных решений и отказа в выдачи экзекватуры, закреплено обязательство суда передать спор в арбитраж при наличии действительного и исполнимого арбитражного соглашения между сторонами, а также право сторон на «более благоприятный режим», если таковой предоставляется законом страны, где испрашивается приведение в исполнение.

Нью-Йоркская конвенция восприняла не все прогрессивные идеи Международной торговой палаты, которая при ее разработке ратовала за полный отказ от привязки к *lex loci arbitri* ввиду ее необоснованности³². Однако эта конвенция впервые отразила стремление к либерализации законодательства о МКА, что и явилось залогом ее успеха³³.

Другим важным шагом на пути подрыва авторитета привязки к *lex loci arbitri* стало прямое допущение Европейской конвенцией о внешнеторговом арбитраже

²⁸ См. подробнее: *Астахова Д. О. Тенденция делокализации...* С. 21.

²⁹ См. об этом: *Карбельников Б. Р. Международный коммерческий арбитраж.* С. 6.

³⁰ См., напр.: *Английский закон об арбитраже 1950 г.* / подг. А. Ищенко // *Сборник информационных материалов.* М., 1954. С. 25–33.

³¹ *L'arbitrage en droit international privé* // *Institut de droit international: Session d'Amsterdam. 1957.* P. 3. URL: http://www.idi-iiil.org/app/uploads/2017/06/1957_amst_03_fr.pdf (accessed: 05.04.2020).

³² См. подробнее: *Лебедев С. Н. Международный торговый арбитраж.* М.: *Международные отношения,* 1965. С. 143–144.

³³ См. об этом: *Астахова Д. О. Тенденция делокализации...* С. 81.

1961 г.³⁴ возможности признания и приведения в исполнение судом государства — участника этой конвенции арбитражных решений, отмененных по месту их вынесения судом другого государства — участника конвенции, при отсутствии иных предусмотренных конвенцией оснований для отказа в выдаче экзекватуры. Таким образом, отсутствие обязательной силы решения суда по месту проведения арбитража доказывает, что арбитражное решение является международным по своей природе, а не национальным³⁵.

Изменения в правовом регулировании МКА порождали дискуссии и в доктрине. В ходе одного из коллоквиумов по проблемам международного права в 1962 г. известный французский адвокат Э. Гайар указал на то, что выбор места арбитража на практике связан лишь с поиском подходящего для слушания отеля в городе, который доступен и удобен для всех сторон, а закон данного места не имеет для них особой практической значимости³⁶. Ему парировал английский ученый Ф. Манн, считавший, что все действия, происходящие на территории государства, подпадают под его юрисдикцию и что именно государство, в силу наличия у него суверенного права не признавать идею автономии воли сторон, определяет меру делегирования судебских полномочий арбитрам³⁷.

Вклад в гармонизацию национальных законов о МКА и развитие предсказуемости правового регулирования МКА внес Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже 1985 г. (далее — Типовой закон), на основе которого приняты законы о МКА в 83 государствах, в том числе в России³⁸. Пункт 1 ст. 19 Типового закона дает возможность участникам арбитража самим выбирать процедуру проведения арбитражного разбирательства, что во многом способствует автономизации МКА. Отделяя таким образом арбитраж от контроля со стороны государственной юрисдикции, Типовой закон также в целях предсказуемости обоснованного вмешательства государства в сферу компетенции МКА регламентирует случаи, когда арбитражу может быть оказано содействие со стороны государственных судов. Подобные меры, а также закрепление в п. 1 ст. 16 Типового закона общепризнанных в настоящий момент принципов «компетенции компетенции» и автономности арбитражной оговорки говорят о существенном росте доверия к МКА и позволяют ослабить влияние *lex loci arbitri* и в целом национального права на МКА в пользу *lex mercatoria*³⁹.

К сожалению, далеко не все государства имплементировали в свои национальные законы о МКА изменения Типового закона в редакции 2006 г., касающиеся автоматического приведения в исполнение решений арбитров о принятии обеспечительных мер. Не отражены эти изменения и в российском законе, несмотря на то что данный вопрос активно обсуждался⁴⁰. Это свидетельствует о том, что

³⁴ Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже 1961 г. // Электронный фонд правовой и нормативно-технической документации. URL: <http://docs.cntd.ru/document/1900049> (дата обращения 05.04.2020).

³⁵ См. об этом: Астахова Д. О. Тенденция деллокализации... С. 83.

³⁶ Gaillard E. *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*. Leiden: Martinus Nijhoff Publ., 2008. P. 137.

³⁷ Mann F. A. *Lex Facit Arbitrum // International Arbitration: Liber Amicorum for Martin Domke / ed. by P. Sanders*. The Hague: Martinus Nijhoff Publ., 1967. P. 162.

³⁸ Статус текстов: Типовой закон о международном торговом арбитраже (1985 г.) с изменениями, принятыми в 2006 г. // ЮНСИТРАЛ. URL: https://uncitral.un.org/ru/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status (дата обращения: 05.04.2020).

³⁹ См. об этом: Астахова Д. О. Тенденция деллокализации... С. 85.

⁴⁰ Интервью с А. С. Комаровым о 25-летию Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже», о 60-летию Нью-Йоркской конвенции, о судьбах арбитража в России и не только об этом // Вестник международного коммерческого арбитража. 2018. № 1 (16). С. 34–35.

среди законодателей государств, участвующих в Нью-Йоркской конвенции, все еще бытуют консервативные взгляды на вопрос о связи арбитража с местом его проведения и необходимости контроля за ним.

Тем не менее рассмотренные факты явно свидетельствуют о наличии долговременной тенденции к ослаблению привязки к *lex loci arbitri* в правовом регулировании МКА, что также прослеживается в усилении саморегулирования как в контрактах сторон⁴¹, так и в регламентах ведущих арбитражных институтов⁴². В одном из своих решений швейцарский арбитр П. Лалив также указывал, что в силу признанного обычая, закрепленного в конвенциях, подписанных большинством цивилизованных государств, МКА может быть полностью отделен от национального законодательства и подчинен только правилам арбитража, тем или иным способом выбранным сторонами⁴³. Таким образом, идея отказа от привязки к *lex loci arbitri* разделяется не только большинством современных правоведов, но и международным правовым регулированием МКА, а также арбитражной судебной практикой⁴⁴.

Теоретико-правовой анализ существующих концепций о природе международного коммерческого арбитража

В теории МКА обоснование наличия либо отсутствия необходимости в той или иной привязке, будь то *lex loci arbitri* или *lex fori executionis*, зиждется на различном понимании правовой природы МКА. Выделяются три основные концепции, сторонники которых по-разному отвечают на вопрос о том, что является источником легитимации арбитражного соглашения, из которого проистекает компетенция арбитров по разрешению спора. Рассмотрим каждую подробнее, чтобы лучше понимать доводы тех, кто желает привязать МКА к той или иной государственной юрисдикции.

Сторонники монистической (территориалистской) концепции стремятся подчинить арбитражное разбирательство праву места его проведения. В рамках этой концепции выделяются два направления. Сторонники объективистского направления в качестве источника легитимации полномочий арбитров рассматривают *lex loci arbitri*, обосновывая это тем, что сам факт проведения арбитража на территории конкретного суверенного государства подчиняет весь процесс его законодательству⁴⁵. Наиболее известным выразителем данной идеи был Ф. Манн, который, помимо озвученных в предыдущем параграфе доводов, отстаивал идею национального характера арбитража и считал некорректным именовать его «международным» и «коммерческим», так как международного коммерческого арбитража, по его мнению, с правовой точки зрения вообще не существует⁴⁶. Сторонники этого направления не учитывают, что процедуру проведения арбитражного разбирательства стороны уже давно вправе определять самостоятельно⁴⁷.

⁴¹ См. подробнее: *Вилкова Н. Г.* Саморегулирование сторонами международных контрактов своих отношений — один из элементов современного *lex mercatoria* // *Liber Amicorum* в честь 50-летия А. Н. Жильцова / под ред. А. Муранова и В. Плеханова. М.: Инфотропик Медиа, 2013. С. 26.

⁴² См. об этом: *Астахова Д. О.* Тенденция делокализации... С. 6.

⁴³ Приводится по: *Муранов А. И.* Место международного коммерческого арбитража. Особенности этой категории в российском праве // *Вестник международного коммерческого арбитража*. 2017. № 2 (15). С. 92.

⁴⁴ См., напр.: *Волгина В. А.* Феномен делокализации международного коммерческого арбитража // *Скиф. Вопросы студенческой науки*. 2017. № 10. С. 169–170.

⁴⁵ Там же. С. 167.

⁴⁶ *Mann F. A.* *Lex Facit Arbitrum*. P. 160.

⁴⁷ См. об этом: *Gaillard E.* *Legal Theory of International Arbitration*... P. 18

Взгляды так называемого субъективистского направления последовательно выражали Ж.-Ф. Пудрэ, С. Бессон и Р. Гуд, объяснявшие связь арбитража с местом его проведения тем, что сами стороны спора, выбрав определенное место его проведения, намеревались подчинить процесс праву конкретного государства⁴⁸. Данный тезис также не выдерживает критики, поскольку стороны крайне редко изучают нормы, касающиеся арбитража в выбранном им правопорядке, и при определении места арбитража руководствуются исключительно практическими соображениями, такими как удобство местоположения, традиционно сложившееся восприятие данного правопорядка как проводящего дружественную политику в отношении МКА, а также нейтральность места в смысле отсутствия в нем каких-либо связей с каждой из сторон контракта⁴⁹.

Согласно взглядам сторонников второй, плюралистической, концепции, арбитражное соглашение и арбитражное решение легитимируются множеством правопорядков, способных признать за ними юридическую силу⁵⁰. Таким образом, решение арбитража станет частью того правопорядка, который признает и приведет его в исполнение по *lex fori*. Данная концепция хотя и ближе к идее автономного арбитражного правопорядка, все же предполагает привязку к *lex fori executionis*, что представляется сомнительным, если принять во внимание установленную во многих арбитражных регламентах обязанность арбитра вынести исполнимое решение⁵¹. Если допустить, что арбитр при вынесении решения должен учесть *lex fori* всех государств, в которых в принципе возможно приведение в исполнение конкретного арбитражного решения, то получится, что от арбитра требуется невозможное, поскольку нормы отдельно взятых государств, в особенности касающиеся вопросов публичного порядка и арбитрабельности, могут потенциально противоречить друг другу⁵².

Третья концепция представляет собой идею автономного МКА, не связанного с тем или иным правопорядком, будь то государство, где арбитраж имел место, либо государство, в котором арбитражное решение признается и приводится в исполнение⁵³. Институт МКА, таким образом, легитимируется арбитражным соглашением сторон, которое, в свою очередь, получает юридическую силу из автономного арбитражного правопорядка, признаваемого объединением государств, допускающих саму возможность рассмотрения споров в МКА⁵⁴, и содействующего ему в случаях, когда это необходимо и оправданно. Данный подход способен примирить давний спор «процессуалистов», обосновывающих арбитраж как некую особую форму отправления правосудия, и «консенсуалистов», рассматривающих его в качестве гражданско-правового отношения, поскольку эти две концепции входят в понимание арбитража как автономного арбитражного правопорядка *sui*

⁴⁸ *Goode R. The Role of the Lex Loci Arbitri in International Commercial Arbitration // Arbitration International. 2001. Vol. 17, iss. 1. P. 32; Poudret J.-F., Besson S. Comparative Law of International Arbitration. London: Sweet & Maxwell, 2007. Para. 112.*

⁴⁹ См. об этом: *Lew J.D.M., Mistelis L.A., Kröll S.M. Comparative International Commercial Arbitration. The Hague; London; New York: Kluwer Law International, 2003. Para. 4.48.*

⁵⁰ См. подробнее: *Волгина В. А. Феномен деллокализации... С. 167.*

⁵¹ См. об этом: *Авдулова А. Е. Обязанность арбитра вынести исполнимое решение в международном коммерческом арбитраже // Молодой ученый: международный научный журнал. 2019. № 22 (260). С. 266.*

⁵² См. подробнее: *Platte M. An Arbitrator's Duty to Render Enforceable Awards // Journal of International Arbitration. 2003. Vol. 20, iss. 3. P. 312.*

⁵³ См. об этом: *Janićijević D. Delocalization in International Commercial Arbitration // Law and Politics. 2005. Vol. 3, iss. 1. P. 63.*

⁵⁴ См. подробнее: *Волгина В. А. Феномен деллокализации... С. 167–168.*

generis⁵⁵. На этой идее и зиждется теория делокализации МКА, выразителями идей которой в разные времена были П. Лалив, Б. Голдман, У. Парк, Я. Полссон, Э. Гайар, Ж.-Б. Расин, Е. В. Кабатова, Ю. В. Поляков и др.

Если в основе монистического подхода лежит классический правовой этатизм, утративший в наши дни практическую значимость и не соответствующий объективной реальности, то идея автономного арбитражного правопорядка базируется на концепции естественного права, позволяющей обосновать теорию делокализации МКА следующим образом. Нет никакой необходимости устанавливать привязку МКА к какой-либо государственной юрисдикции, если исходить из того, что не только государство является источником права⁵⁶. Понимание права в этом контексте зиждется на естественных правах человека, а не на деятельности государственного законодателя⁵⁷. А поскольку государства все же допускают возможность рассмотрения споров в МКА и оказывают ему содействие, значит, идея арбитражного правопорядка не противоречит в том числе фундаментальным постулатам юридического позитивизма.

Эту идею несложно обосновать и с позиции теории институционализма, рассматривающего право как систему социальных институтов, содержание которых может не совпадать с законодательно установленными моделями⁵⁸, что также приводит к отсутствию необходимости связывать МКА с каким-либо правопорядком. В рамках данной концепции МКА предстает как саморегулируемый социальный институт, способный генерировать собственное право, *lex mercatoria*⁵⁹, и осуществлять частное правосудие, не опирающееся на установленную государством норму⁶⁰.

Признание государствами за МКА свободы в саморегулировании является практическим выражением принципа автономии воли участников гражданских правоотношений. Безусловная польза в предоставлении МКА широкой автономии и конечная цель этого, как отмечает К. П. Бергер, состоит в привлечении как можно большего количества споров в конкретный правопорядок⁶¹. И действительно, законодательство Франции как пример наиболее дружественного арбитражу и не имеющего жесткой привязки к *lex loci arbitri* на протяжении многих лет приводит к привлечению наибольшего числа споров в Международный арбитражный суд при Международной торговой палате в Париже (далее — МАС при МТП)⁶², по сравнению с иными арбитражными центрами.

Таким образом, идея автономного арбитражного правопорядка и базирующаяся на ней теория делокализации МКА представляется наиболее обоснованной, соответствующей существующей объективной реальности и учитывающей как интересы участников международной торговли, так и интересы государств, разделяющих эту концепцию. Однако влияние принципа, по которому арбитражное разбирательство подчинено месту его проведения, по-прежнему велико и создает немало практических трудностей, которые мы рассмотрим подробнее далее.

⁵⁵ См. подробнее: *Лебедев С. Н.* Международный торговый арбитраж. С. 31.

⁵⁶ См. об этом: *Астахова Д. О.* Тенденция делокализации... С. 56.

⁵⁷ Там же.

⁵⁸ См. подробнее: *Яковлев А. В.* Институциональный подход в юридической теории государства: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М.: Институт государства и права РАН, 2019. С. 3.

⁵⁹ См. подробнее: *Bergé J.-S., Romano S.* L'ordre juridique. Paris: Dalloz, 2015. P. 21.

⁶⁰ *Ibid.* P. 33.

⁶¹ *Berger K. P.* Party Autonomy in International Economic Arbitration // *The American Review of International Arbitration.* 1993. Vol. IV. P. 1.

⁶² См. об этом: *Астахова Д. О.* Тенденция делокализации... С. 72.

Основные вопросы, касающиеся проблем привязки к *lex loci arbitri*

Несмотря на то что обоснованность связи арбитражного разбирательства с местом его проведения уже давно подвергнута сомнению и обстоятельной критике, а правопорядки, в которых такая связь практически отсутствует, извлекают из этого как репутационные, так и экономические выгоды, данная привязка продолжает существовать в законодательстве и доктрине многих государств, что порождает определенные проблемы и в процедуре проведения арбитража, и в части приведения в исполнение его решений. Среди основных составляющих проблемы привязки к *lex loci arbitri*, которые будут проанализированы в этом параграфе, особенно выделяются следующие вопросы:

- выбор применимого к правам и обязанностям по договору права, если стороны не согласовали этот момент в контракте;
- статус и место арбитра в автономном арбитражном правопорядке;
- противоречивость толкования публичного порядка и арбитрабельности в различных правопорядках;
- отмена арбитражных решений по месту их вынесения.

Поскольку идея автономного арбитражного правопорядка, а также возможности исполнения отмененных по месту вынесения решений впервые возникла, была обоснована и поддержана доктриной, законодательством и судебной практикой именно во Франции⁶³, предлагается при рассмотрении указанных вопросов ориентироваться на французский опыт и практику разрешения тех или иных проблем вокруг привязки к *lex loci arbitri*.

В настоящее время все чаще встречаются ситуации, когда стороны при выборе применимого к правам и обязанностям по договору права (далее — применимое право) отдают предпочтение *lex mercatoria* либо в принципе оставляют возможность арбитрам решить этот вопрос по своему усмотрению⁶⁴. Как отмечает П. Сандерс, стороны тем самым стремятся к денационализации своих экономических взаимоотношений, чтобы их спор рассматривался на основании действительно международных норм⁶⁵, т. е. не связанных с юрисдикцией какого-либо государства и потому нейтральных в отношении каждой из сторон соглашения. Однако в этом случае перед арбитром стоит вопрос, на основании чего осуществлять выбор таких норм.

Пункт 2 ст. 28 Типового закона дает составу арбитража полномочие самостоятельно выбрать наиболее применимые, по его мнению, коллизионные нормы. Но в практике большинства государств, в законодательстве о МКА которых не предусмотрено иной порядок выбора арбитрами применимого права, эта норма чаще всего трактуется как отсылка к коллизионным нормам законов места проведения арбитража⁶⁶. Например, в решении Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате РФ (далее — МКАС при ТПП РФ) от 09.02.2016 по делу № 145/2015 арбитры в обоснование применения именно рос-

⁶³ См. об этом: Астахова Д. О. Тенденция деллокализации... С. 107.

⁶⁴ См. подробнее: Алимova Я. О. Практика международного коммерческого арбитража как источник *lex mercatoria* // Актуальные проблемы российского права. 2010. № 3 (16). С. 341.

⁶⁵ Sanders P. Trends in the Field of International Commercial Arbitration // Recueil des cours. 1975. Vol. 120. P. 262.

⁶⁶ См. подробнее: Астахова Д. О. Тенденция деллокализации... С. 162.

сийских коллизионных норм сослались на Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 16.02.1998 № 29 и свою «многолетнюю практику»⁶⁷.

Недостаток данного подхода в том, что *lex loci arbitri* может не иметь вообще никакой связи ни со сторонами, ни с их спором, и обычно так и происходит, ведь, как было сказано выше, стороны при выборе места проведения арбитража руководствуются, скорее, практическими соображениями.

Чтобы снять с арбитров обязанность обращаться к местным коллизионным нормам, во французской доктрине была обоснована концепция «прямого пути» (*voie directe*), закрепленная в законодательстве. Арбитры получили возможность рассматривать спор на основании не только национального права, но и любых норм права, которые они сами сочтут применимыми, включая торговые обычаи и транснациональные нормы⁶⁸.

Жесткая привязка к какому-либо элементу способна, как указывает В. В. Буланов, приводить к тому, что спор будет урегулирован правом, не имеющим с ним реальной связи либо вообще не предназначенным для регулирования подобных отношений⁶⁹. Таким образом, отказ в доктрине «прямого пути» от привязки к каким-либо коллизионным нормам, включая нормы *lex loci arbitri*, позволяет достичь более справедливого арбитражного решения. Подобные меры представляются обоснованными и соответствующими современным тенденциям развития МКА и целям его автономизации.

В вопросе о статусе арбитров территориалистская концепция исходит из того, что коль скоро арбитры получают полномочия в результате делегирования им части функции осуществления правосудия правопорядком, где имеет место арбитражное разбирательство, то отказ от привязки к *lex loci arbitri* на этом основании невозможен; также нужно учитывать необходимость судебного контроля за потенциально возможным произволом арбитров, особенно при условии предоставления им широкой свободы усмотрения при выборе применимого права⁷⁰. На это можно возразить, что арбитр все же не является носителем государственной судебной власти, а передача ему полномочий осуществляется не каким-либо отдельным актом, а в рамках общегосударственного согласия с существованием института МКА. Непосредственно легитимирует данные полномочия арбитражное соглашение, без которого их применение в принципе не предполагается. Поэтому арбитра стоит рассматривать лишь как частное лицо, формально не связанное в рамках арбитражного разбирательства с каким-либо правопорядком и оказывающее сторонам спора возмездную услугу⁷¹.

По поводу опасений территориалистов относительно возможного произвола арбитров можно заявить следующее. Механизм контроля за действиями арбитров заложен самой природой МКА как автономного правопорядка. Независимость арбитров от какой-либо государственной юрисдикции сама по себе предполагает высокую вероятность вынесения беспристрастного решения. А требования к проявлению нейтральности, равного и справедливого отношения к сторонам

⁶⁷ Практика МКАС при ТПП РФ: 2004–2016. К 85-летию МКАС (на основе анонимизированных материалов из журнала «Международный коммерческий арбитраж» и «Вестник международного коммерческого арбитража»). М.: Ассоциация исследователей международного частного и сравнительного права, 2017. С. 1408.

⁶⁸ См. об этом: *Астахова Д. О.* Тенденция децентрализации... С. 109–110.

⁶⁹ *Буланов В. В.* Категория наиболее тесной связи в международном частном праве: дис. ... канд. юрид. наук. М.: МГЮА, 2012. С. 3.

⁷⁰ См. подробнее: *Ануров В. Н.* Конфликт юрисдикций при оспаривании арбитражного соглашения. М.: Инфотропик Медиа, 2013. С. 44.

⁷¹ См. об этом: *Правдина А. А.* Феномен децентрализации...

не только заложены в международных конвенциях, законах о МКА и регламентах ведущих арбитражных институтов, но и обеспечиваются самим порядком назначения арбитров на ведение того или иного дела, а также их обязанностью раскрывать информацию обо всех обстоятельствах, потенциально способных привести к конфликту интересов⁷². Пристрастный, несправедливый арбитр вскоре утратит свою репутацию и не будет номинирован сторонами на разрешение спора, а если все-таки его и назначат с помощью арбитражного центра, с высокой долей вероятности он получит отвод. Предусмотренные самим институтом МКА внутренние механизмы сдерживания арбитров от совершения ими неправомερных или сомнительных с точки зрения морали и справедливости действий делают судебный контроль за ними излишним, о чем свидетельствует успешное функционирование института иммунитета арбитров в Сингапуре, который, напротив, способствует более эффективному осуществлению ими своих полномочий⁷³.

Дополнительный аргумент против привязки к *lex loci arbitri* в вопросе об арбитрах — то, что они могут быть иностранцами в отношении законов места арбитражного разбирательства и не знать специфических особенностей местной правоприменительной практики; в итоге такая ситуация может привести к вынесению решения, которое будет отменено местным государственным судом по инициативе проигравшей спор стороны⁷⁴.

То же относится и к вопросу неоднообразного содержания понятий публичного порядка и арбитрабельности предмета спора в различных правовых порядках, особенно с учетом того, что данные основания проверяются *ex officio* судом, где испрашивается экзекватура. Исходя из такого положения вещей, сторонники привязки к *lex loci arbitri* полагают, что арбитрам следует ориентироваться на местные, порой весьма специфические, стандарты публичного порядка и арбитрабельности, дабы арбитражное решение не было оспорено и отменено государственным судом по месту его вынесения, поскольку это повлекло бы за собой также его неисполнимость в других юрисдикциях⁷⁵. Возражения на это неоднократно формулировались выше: нецелесообразно ориентироваться на местные стандарты, которые могут никак не касаться сторон и их спора, при необходимости вынесения справедливого решения. Также высока вероятность того, что суд по месту исполнения решения проигнорирует экзотические нормы *lex loci arbitri*, если в *lex fori executionis* применяются иные стандарты оценки данных оснований⁷⁶, и именно такая практика часто встречается, поскольку даже п. 2 ст. V Нью-Йоркской конвенции устанавливает дискрецию судов в отношении принятия подобных решений, а само арбитражное решение не интегрируется в правовой порядок места его вынесения, в отличие от решения государственного суда⁷⁷.

Существует несколько возможных вариантов решения данного вопроса. Например, швейцарский закон⁷⁸ позволяет трактовать понятие арбитрабельности

⁷² См. подробнее: *Караськов Б. П.* Международный коммерческий арбитраж. С. 189.

⁷³ См. подробнее: *Астахова Д. О.* Тенденция делокализации... С. 136.

⁷⁴ См. об этом: *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. 38.

⁷⁵ См., напр.: *Hanotiau B.* The Law Applicable to Arbitrability // Singapore Academy of Law Journal. 2014. Vol. 26. P. 884.

⁷⁶ См. подробнее: *Brekoulakis S.* Arbitrability and Conflict of Jurisdictions: The (diminishing) relevance of *lex fori* and *lex loci arbitri* // Conflict of Laws and Arbitration. 2011. P. 127–128.

⁷⁷ См. об этом: *Плеханов В. В., Усоскин С. В.* Автономия международного коммерческого арбитража. С. 43.

⁷⁸ Приводится по: *Астахова Д. О.* Тенденция делокализации... С. 122–123.

весьма широко, считая арбитрабельным любой спор имущественного характера. Понятие публичного порядка, напротив, имеет смысл трактовать ограничительно. Так, в Гражданско-процессуальном кодексе Франции закреплено понятие «международный публичный порядок», носящее, по мнению французских правоведов, гораздо более узкий характер, по сравнению с внутренним публичным порядком⁷⁹. В доктрине также отмечается, что арбитр не обязан подчиняться императивным нормам *lex loci arbitri*, поскольку в противном случае он уподобляется государственному судье, знающему свое право по принципу *iura novit curia*, а должен вынести решение, отвечающее лишь общим стандартам арбитрабельности и транснационального публичного порядка⁸⁰. Также заслуживает внимания идея из теории международного процессуального права о выведении регулирования арбитрабельности за пределы национальных правопорядков⁸¹. И поскольку данные основания проверяются судом лишь на соответствие *lex fori executionis*, тем более нет никакого смысла принимать во внимание *lex loci arbitri*.

Не находит поддержки в практике МКА и тезис о том, что арбитраж обязан следовать выносимым против него судебным приказам. Так, в одном из дел МАС при МТП состав арбитража указал: следование двум судебным запретам на проведение арбитражного разбирательства, вынесенным местными судами, подорвет само соглашение сторон о передаче споров в арбитраж, что повлечет за собой также несправедливый отказ в правосудии. Арбитры отметили, что суд таким образом не нарушает своей обязанности вынести исполнимое решение, поскольку оно может быть исполнено в любом государстве, вне зависимости от его оценки местными судами⁸².

Как следует из изложенного, все проблемы в конечном счете сводятся к пресловутой возможности судов по месту проведения арбитража отменить арбитражное решение. Главное затруднение состоит в том, что не все правопорядки допускают возможность признания и приведения в исполнение отмененного решения, оправдывая это, как правило, принципом международной вежливости в отношении *lex loci arbitri*⁸³. Более того, в некоторых правопорядках существует практика, согласно которой отказ от оспаривания арбитражного решения по месту его вынесения ведет к утрате права на возражение против его признания и приведения в исполнение в другом государстве⁸⁴.

Основным изъяном территориалистского подхода к оспариванию арбитражных решений по *lex loci arbitri* является то, что, несмотря на упомянутую призрачную связь самого разбирательства с местом его проведения и возможность отмены решений по локальным основаниям или даже недобросовестно и неправосудно, такая отмена, по сути, ведет к юридическому прекращению существования арбитражного решения⁸⁵. Невзирая на спорность данного тезиса, с учетом того, что решение арбитража, созданного на условиях автономии воли сторон спора, так же автономно и не связано с каким-либо правопорядком, а по-

⁷⁹ *Seraglini Ch. Lois de police et justice arbitrale internationale. Paris: Dalloz, 2001. P. 151.*

⁸⁰ См. об этом: *Плеханов В. В., Усоскин С. В.* Автономия международного коммерческого арбитража. С. 38.

⁸¹ См. подробнее: *Курочкин С. А.* Новейшие течения в зарубежной доктрине международного коммерческого арбитража: краткий обзор // *Вестник гражданского процесса.* 2015. № 6. С. 57.

⁸² ICC Case No. 10623, S.v. State X, Award of 7 December 2001 // *ASA Bulletin.* 2003. Vol. 21, iss. 1. P. 86–88.

⁸³ См. подробнее: *Поляков Ю. В.* «Делокализованный» арбитраж в доктрине международного частного права и практике международного арбитража // *Закон и право.* 2009. № 3. С. 83.

⁸⁴ См. об этом: *Плеханов В. В., Усоскин С. В.* Автономия международного коммерческого арбитража. С. 56.

⁸⁵ Там же. С. 59.

тому вряд ли может быть юридически уничтожено решением отдельно взятого государственного суда, этот подход все же часто отражается в мировой практике, в том числе в проарбитражном Сингапуре⁸⁶.

Так, Апелляционный суд Амстердама признал четыре решения МКАС при ТПП РФ по делу Yukos Capital SARL v. ОАО Rosneft, отмененных российским судом, указав, что российские суды тем самым проигнорировали правосудие и были пристрастны⁸⁷. Верховный суд Англии, отказывая в признании и исполнении решения МКАС при ТПП РФ по делу Н. В. Максимова, предпочел исходить из презумпции добросовестности российских судов, отменивших данное решение⁸⁸. Возможно, не последнюю роль в этом решении сыграл уже упоминавшийся принцип международной вежливости.

Таким образом, само существование возможности оспаривания арбитражных решений по месту их вынесения выглядит весьма сомнительным. Имеет смысл согласиться с мнением М. А. Попова, считающего этот институт излишним, так как он дублирует контроль арбитражных решений государственными судами при их признании и приведении в исполнение⁸⁹, что чем-то напоминает отмененный Нью-Йоркской конвенцией ввиду его излишества принцип «двойной экзекватуры».

Выводы о возможности отказа от привязки к *lex loci arbitri*

Когда заходит речь о делокализации МКА и выделении его в автономный арбитражный правопорядок, а у сторонников привязки к *lex loci arbitri* заканчиваются весомые аргументы, в ход идут последние два довода.

Так, Ф. Манн считает, что не связанное ни с каким правопорядком решение арбитража вплоть до своего приведения в исполнение существует в правовом вакууме, т. е. отсутствует в правовом поле, на основании чего даже отказывает МКА в наличии правовой природы⁹⁰. Э. Гайар парирует ему в духе позитивистской теории права, заявляя, что невозможность наложить санкцию на адресата, исполняющего свою правовую обязанность добровольно, не означает отсутствия в правовом поле санкции как таковой⁹¹.

Ф. Манну вторит У. Парк, который призывает к соблюдению баланса между желанием сторон провести арбитражное разбирательство в нейтральном форуме и необходимостью ограниченного контроля со стороны государств за арбитражным решением для его легитимации⁹². У. Парк считает, что при юридическом отделении арбитража от места его проведения правовое обязательство из его решения будет возникать не из *lex loci arbitri*, а из *lex fori executionis*, а до того момента — находиться в правовом вакууме⁹³. Отвечая на эти замечания, Я. Полссон попытался обосновать бессмысленность рассуждений с использованием подобных категорий, напомнив, что цель автономизации МКА не в том, чтобы любыми средствами вывести его за рамки особенностей *lex loci arbitri*, а в том, чтобы удовлетворить стремление сторон к выведению спора в наиболее нейтральное

⁸⁶ См. подробнее: Астахова Д. О. Тенденция делокализации... С. 138–139.

⁸⁷ Приводится по: Волгина В. А. Феномен делокализации... С. 168.

⁸⁸ Приводится по: Астахова Д. О. Тенденция делокализации... С. 132.

⁸⁹ Попов М. А. Теоретические и практические проблемы российской модели регулирования деятельности третейских судов: дис. ... канд. юрид. наук. СПб.: СПбГУ, 2002. С. 19.

⁹⁰ Mann F. A. *Lex Facit Arbitrum*. P. 160.

⁹¹ Gaillard E. *Legal Theory of International Arbitration*... P. 27.

⁹² Park W. *The Lex Loci Arbitri and International Commercial Arbitration // International and Comparative Law Quarterly*. 1983. Vol. 32. P. 26.

⁹³ *Ibid.* P. 30.

место, за границы возможного необоснованного вмешательства, не оспаривая при этом необходимость государственного содействия и судебного контроля на этапе признания и приведения решения в исполнение⁹⁴.

С распространением современных технологий коммуникации арбитраж может даже не иметь определенного места проведения и быть организован онлайн. Территориалисты, как правило, отвечают на это тем, что сторонам в таком случае стоит самим избрать закон, которому они подчинят процедуру разбирательства, поскольку привязка к *lex loci arbitri* означает не фактическую, а юридическую локализацию⁹⁵, в противном случае весь процесс разбирательства, по их мнению, будет поставлен под сомнение⁹⁶. Данный тезис не кажется убедительным с учетом того, что сегодня признана широкая автономия воли сторон в выборе процедуры разрешения спора⁹⁷, а регламенты ведущих арбитражных центров регулируют ее от момента подачи заявления об арбитраже вплоть до распределения расходов сторон после вынесения решения. Это сводит участие государства в данном процессе к тому, чтобы лишь допустить существование подобных «процессуальных кодексов» МКА. Поскольку такие «кодексы» существуют не только в теории, можно заявить, что идея привязки МКА к *lex loci arbitri* несостоятельна и изжила себя, иначе ни одно государство не допустило бы даже намек на практически бесконтрольное саморегулирование арбитража институтами, которым оно делегировало часть полномочий по осуществлению правосудия⁹⁸.

Как представляется, достижение полной согласованности с постулатами юридического позитивизма не является целью участников арбитражного разбирательства. Они желают лишь получить справедливое и исполнимое арбитражное решение, что во многом затрудняется сохранением в законодательстве и судебной практике многих правопорядков архаичной привязки к *lex loci arbitri*. Основываясь на всех приведенных доводах и отвечая на главный вопрос настоящего исследования, его автор считает идею отказа от привязки арбитражного разбирательства к законам места его проведения не только возможной, но и необходимой.

Заключение

Подводя итог, автор настоящей статьи хочет предложить некоторые допустимые с его точки зрения и обоснованные в доктрине пути решения рассматриваемой проблемы.

Несомненно, последнее слово в вопросе автономизации МКА — за государством, а именно за объединением государств, которым, возможно, следует подписать новую конвенцию, отразив в ней все изменения, произошедшие в МКА с момента подписания Нью-Йоркской конвенции, а также французский опыт и практику реализации теории делокализации МКА, подробно обоснованную во французской доктрине.

В первую очередь имеет смысл отменить абсолютно бесполезный, а зачастую мешающий и сторонам, и арбитрам, а также используемый пристрастными

⁹⁴ Paulsson J. Delocalization of International Commercial Arbitration: When and Why it Matters // International and Comparative Law Quarterly. 1983. Vol. 32. P. 54–55.

⁹⁵ См., напр.: Poudret J.-F. Besson S. Comparative Law of International Arbitration. Para. 116, 120.

⁹⁶ См. об этом: Бахин С. В. Преюдиция: государственные суды и международные коммерческие арбитражи (соотношение государственной и третейской юрисдикции) // Журнал международного частного права. 2015. № 3. С. 43.

⁹⁷ См. об этом: Плеханов В. В., Усоскин С. В. Автономия международного коммерческого арбитража. С. 40.

⁹⁸ См. подробнее: Астахова Д. О. Тенденция делокализации... С. 92.

государственными судьями и желающими не исполнять решение арбитража сторонами институт оспаривания арбитражного решения по месту его вынесения, функции которого и без того успешно выполняет институт выдачи экзекватуры по месту нахождения проигравшей спор стороны или ее имущества. Тем более что стороны также имеют право включить в арбитражное соглашение отказ от права на оспаривание арбитражного решения, что, по мнению Европейского суда по правам человека, не нарушает право на справедливое судебное разбирательство⁹⁹. Также нелишне каким-либо образом отразить в новой конвенции рекомендации в отношении договаривающихся государств широко толковать в законодательстве и правоприменительной практике понятие арбитрабельности и узко — понятие публичного порядка. Необходимо также предоставить арбитрам, помимо иммунитета, во избежание давления на них и ради соблюдения их независимости и беспристрастности, полномочия определять применимое право без обращения к коллизионным нормам какого-либо правопорядка. Повсеместное введение автоматического исполнения принятых арбитром обеспечительных мер позволит не упустить возможность стороне, претендующей на вынесение арбитражного решения в ее пользу, получить не просто исполнительный лист, но и действительное удовлетворение своих требований.

Вероятно, это не решит всех проблем МКА, особенно связанных с местом проведения арбитража лишь косвенно, например проблему санкций, однако точно сделает арбитраж еще более привлекательным местом разрешения споров, снизит нагрузку на государственные суды, а главное, позволит арбитражу стать еще более независимым, беспристрастным и справедливым.

Делокализованный арбитраж и его способность к саморегуляции Я. Полссон сравнивает с практикой разрешения споров в сфере спортивных соревнований и сфере защиты доменных имен в Интернете, для чего профессиональными социальными группами создаются специальные органы, разрабатывающие собственные нормы и публикующие разъяснения по их применению, которые хотя и не имеют общеобязательного характера, все же исполняются членами соответствующих сообществ, возможность чего государства не оспаривают¹⁰⁰. Полагаем, такое сравнение наиболее точно описывает характер того, что подразумевается под словосочетанием «автономный арбитражный правопорядок», а подобное отношение к нему со стороны государства должно быть априорным. По крайней мере, как считает Р. Бриннер, памятуя о сильной загруженности судов, государство должно само стремиться к предоставлению МКА как можно большей автономии¹⁰¹.

Пока же не принята новая конвенция, которая закрепит как уже названные, так и другие возможные положения автономного арбитражного правопорядка, отдельные государства продолжают получать экономические выгоды, проводя те же самые меры, увеличивая привлекательность проведения арбитражного разбирательства на своей территории, а также свою репутацию в глазах участников транснациональных экономических отношений.

Статья поступила в редакцию: 18 апреля 2020 г.
Рекомендована в печать: 5 июня 2020 г.

⁹⁹ Решение Европейского суда по правам человека от 01.03.2016 по вопросу приемлемости жалобы № 41069/12 «Таббане против Швейцарии [Tabbane v. Switzerland]» (III секция) // СПС «Гарант». URL: <https://base.garant.ru/71496242/> (дата обращения: 14.04.2020).

¹⁰⁰ Цит. по: Ануров В. Н. Конфликт юрисдикций... С. 19.

¹⁰¹ Бриннер Р. Нью-Йоркская конвенция: философия и цели конвенции // Третейский суд. 2003. № 6 (30). С. 16.

Borders of states' jurisdiction in regard to international commercial arbitration

Evgenii E. Evseev

For citation: Evseev, Evgenii E. 2019. Borders of states' jurisdiction in regard to international commercial arbitration. *Pravovedenie* 63 (3): 440–459. <https://doi.org/10.21638/spbu25.2019.306> (In Russian)

The article is devoted to the problem of binding the arbitral proceedings to the place's legislation where they are held. This binding, which was justified in the doctrine through the postulates of legal positivism in the first quarter of the 20th century and implemented in the first international treaties related to international commercial arbitration, has now lost its practical significance and creates many difficulties for all participants of arbitration. For many decades, there has been a steady trend towards the separation of international commercial arbitration into a special autonomous legal order, which is expressed both in the doctrinal theory of the delocalization of international commercial arbitration and in the legislation of states pursuing a friendly policy. The author considers some of the problems that arise from the existence of binding the arbitral proceedings to the laws of the place where it is held, conducts a historical and legal analysis of the origin and development of this binding, and analyzes the existing concepts about the nature of international commercial arbitration institution where the need of binding the arbitration to a particular state jurisdiction, or the absence of such a need, are substantiated. Basing on a detailed review of the individual components of the dispute procedure in international commercial arbitration, the existing manifestations of its autonomy, as well as the problems of the institutions for contesting, recognizing and enforcing arbitral awards, the author draws conclusions about the possibility of refusing to bind arbitration proceedings to the jurisdiction of the place where it is held, and also suggests possible ways to implement such a refusal.

Keywords: international commercial arbitration, legal nature, place of arbitration, delocalization, autonomy, cancellation of arbitral award, arbitrability, public order, conflict of laws rules, choice of applicable law.

References

- Alimova, Yana O. 2010. Practice of international commercial arbitration as a source of *lex mercatoria*. *Aktual'nye problemy rossiiskogo prava* 3 (16): 340–349. (In Russian)
- Anurov, Vasilii N. 2013. *Conflict of jurisdiction in contesting an arbitration agreement*. Moscow, Infotropic Media Publ. (In Russian)
- Astakhova, Daria O. 2019. *The trend of delocalization of international commercial arbitration*. PhD Thesis. Moscow, Moscow State Institute of International Relations. (In Russian)
- Avdulova, Anna E. 2019. An arbitrator's duty to render enforceable award in international commercial arbitration. *Molodoi uchenyi: mezhdunarodnyi nauchnyi zhurnal* 22 (260): 266–271. (In Russian)
- Baglai, Marat V., Leibo, Yurii I., Entin, Lev M. 2016. *Constitutional Law of Foreign Countries*. Moscow, Infra-M, Norma Publ. (In Russian)
- Bakhin, Sergey V. 2015. Prejudice: state courts and international commercial arbitration (correlation of state and arbitration jurisdiction). *Zhurnal mezhdunarodnogo chastnogo prava* 3: 37–49. (In Russian)
- Belova, Maria S., Nikishina Ekaterina M. 2018. The parties included an arbitration clause in the contract. Will sanctions prevent a dispute from being considered. *Arbitrazhnaia praktika dlia iuristov* 7: 88–94. (In Russian)
- Bergé, Jean-Sylvestre, Romano, Santi. 2015. *The legal order*. Paris, Dalloz Publ.
- Berger, Klaus Peter. 1993. Party Autonomy in International Economic Arbitration. *The American Review of International Arbitration* IV: 1–36.
- Brekoulakis, Stavros L. 2011. Arbitrability and Conflict of Jurisdictions: The (diminishing) relevance of *lex fori* and *lex loci arbitri*. *Conflict of Laws and Arbitration*: 117–139.

- Brinner, R. 2003. New York Convention: the philosophy and goals of the Convention. *Treteiskii sud* 6: 15–17. (In Russian)
- Bulanov, Vadim V. 2012. *The category of closest connection in private international law*. PhD Thesis. Moscow, Kutafin Moscow State Law University. (In Russian)
- Chuprunov, Ivan S. 2011. Problems of determining the law applicable to issues of arbitrability. *Vestnik grazhdanskogo prava* 5: 92–127. Available at: <https://wiselawyer.ru/poleznoe/50403-problematika-opredeleniya-prava-primenimogo-voprosam-arbitrabelnosti> (accessed: 04.04.2020). (In Russian)
- Gaillard, Emmanuel. 2008. *Philosophical Aspects of International Arbitration Law*. Leiden, Martinus Nijhoff Publ. (In French)
- Gaillard, Emmanuel. 2010. *Legal Theory of International Arbitration*. Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publ.
- Goode, Roy. 2001. The Role of the Lex Loci Arbitri in International Commercial Arbitration. *Arbitration International* 17 (1): 19–40.
- Hanotiau, Bernard. 2014. The Law Applicable to Arbitrability. *Singapore Academy of Law Journal* 26: 874–885.
- Iaduta, Vladimir. 2015. International Arbitration in Terms of Sanctions. *Rossiiskoe agentstvo pravovoi i sudebnoi informatsii*. Available at: http://rapsinews.ru/banking_law_publication/20150423/273608711.html (accessed: 04.04.2020). (In Russian)
- Janićijević, Dejan. 2005. Delocalization in International Commercial Arbitration. *Law and Politics* 3 (1): 63–71.
- Karabelnikov, Boris R. 2012. *International Commercial Arbitration*. Moscow, Infotropic Media Publ. (In Russian)
- Kurochkin, Sergey A. 2015. The modern doctrine of international commercial arbitration: development trends. *Treteiskii sud* 4: 96–108. (In Russian)
- Kurochkin, Sergey A. 2015. The recent trends in the foreign doctrine of international commercial arbitration: a brief overview. *Vestnik grazhdanskogo protsesssa* 6: 42–68. (In Russian)
- Lebedev, Sergey N. 1965. *International Trade Arbitration*. Moscow, Mezhdunarodnye otnosheniia Publ. (In Russian)
- Lew, Julian D. M., Mistelis, Loukas A., Kröll, Stefan M. 2003. *Comparative International Commercial Arbitration*. The Hague, London, New York, Kluwer Law International Publ.
- Mann, Frederick Alexander. 1967. Lex Facit Arbitrum. *Sanders P. (ed.) International Arbitration: Liber Amicorum for Martin Domke*: 157–183. The Hague, Martinus Nijhoff Publ.
- Muranov, Aleksandr I. 2017. Place of international commercial arbitration. Features of this category in Russian law. *Vestnik mezhdunarodnogo kommercheskogo arbitrazha* 2 (15): 67–96. (In Russian)
- Park, William W. 1983. The Lex Loci Arbitri and International Commercial Arbitration. *International and Comparative Law Quarterly* 32: 21–52.
- Paulsson, Jan. 1981. Arbitration Unbound: An Award Detached from the Law of the Country of Origin. *International and Comparative Law Quarterly* 30: 358–387.
- Paulsson, Jan. 1983. Delocalization of International Commercial Arbitration: When and Why it Matters. *International and Comparative Law Quarterly* 32: 53–61.
- Paulsson, Jan. 2013. *The Idea of Arbitration*. Oxford, Oxford University Press.
- Platte, Martin. 2003. An Arbitrator's Duty to Render Enforceable Awards. *Journal of International Arbitration* 20 (3): 307–313.
- Plekhanov, Vadim V., Usoskin, Sergey V. Autonomy of international commercial arbitration: on the issue of coordination between different jurisdictions in the process of recognition and enforcement of arbitral awards of international commercial arbitration. *Vestnik mezhdunarodnogo kommercheskogo arbitrazha* 1: 31–60. (In Russian)
- Polyakov, Yurii V. 2009. "Delocalized" arbitration in the doctrine of private international law and the practice of international arbitration. *Zakon i pravo* 3: 81–83. (In Russian)
- Popov, Maksim A. 2002. *Theoretical and practical problems of the Russian regulation model of arbitration courts*. PhD Thesis. St. Petersburg, St. Petersburg State University. (In Russian)
- Poudret, Jean-François, Besson, Sébastien. 2007. *Comparative Law of International Arbitration*. London, Sweet & Maxwell Publ.

- Pravdina, Arina A. 2017. Phenomenon of delocalization of international commercial arbitration. *Mezhdunarodnoe pravo* 2: 7–18. Available at: https://nbpublish.com/library_read_article.php?id=23161 (accessed: 04.04.2020). (In Russian)
- Racine, Jean-Baptiste. 2005. Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international. *Revue de l'arbitrage* 2: 305–360.
- Sanders, Pieter. 1975. Trends in the Field of International Commercial Arbitration. *Recueil des cours* 120: 205–296.
- Seraglini, Christophe. 2001. *Police laws and international arbitral justice*. Paris, Dalloz Publ.
- Skvortsov, Oleg Yu. 2017. Commercial arbitration: a paradigm evolution. *Zakony Rossii: opyt, analiz, praktika* 4: 3–7. (In Russian)
- Skvortsov, Oleg Yu. 2018. The principle of paternalism and the regulation of arbitration in the Russian Federation. *Mezhdunarodnyi kommercheskii arbitrazh i voprosy chastnogo prava*: collection of articles: 125–130. Moscow, Statut Publ. (In Russian)
- Vilkova, Nina G. 2013. Self-regulation by international contracts parties of their relations is one of the elements of modern lex mercatoria. *Muranov A., Plekhanov V. (eds) Liber Amicorum in honor of the 50th anniversary of A. N. Zhiltsov. Cross-border trade and law*: 21–30. Moscow, Infotropic Media Publ. (In Russian)
- Volgina, V. 2017. The phenomenon of delocalization of international commercial arbitration. *Skif. Voprosy studentcheskoi nauki* 10: 166–171. (In Russian)
- Yakovlev, Aleksandr V. 2009. *Institutional approach in the legal theory of state*. PhD Thesis. Moscow, The Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences. (In Russian)

Received: April 18, 2020

Accepted: June 5, 2020

Evgenii E. Evseev — Student, St. Petersburg State University, 7–9, Universitetskaya nab., St. Petersburg, 199034, Russian Federation; Individual Entrepreneur, 15, Kolomyazhskiy pr., St. Petersburg, 197348, Russian Federation; yojegg@yandex.ru