

# Правило процессуального приоритета

**В. Н. АНУРОВ**, LL. M. (Dundee, Scotland),  
кандидат юридических наук; [vasily.anurov@gmail.com](mailto:vasily.anurov@gmail.com)



*Вопрос о процессуальном приоритете поднимается в параллельных разбирательствах. Государственный суд или арбитражный трибунал, рассматривающий этот вопрос, должен оценить перспективы разрешения спора до того, как вынесет решение о продолжении или приостановлении разбирательства, если придет к выводу о том, что другой форум имеет процессуальный приоритет по делу. Цель настоящей статьи — выделить и изучить наиболее сложные проблемы, связанные с таким приоритетом в арбитражной и судебной практике, включая правило *lis pendens*.*

**Ключевые слова:** правило *lis pendens*; правило *res judicata*; процессуальный приоритет; оспаривание арбитражного соглашения; исполнение иностранных арбитражных решений.

Отказ от попыток предложить решение правовых проблем путем нормативного регулирования отношений в рамках одного правового института не обязательно означает беспомощность нормотворчества. Юридически обязательные предписания могут уступить место более мягким регуляторам или новым нормативным конструкциям, созданным на основе существующих, но скорректированных с учетом изменившихся фактических обстоятельств в целях предоставления эффективной защиты интересов добросовестной стороны. Применительно к правилу *res judicata* такими альтернативами являются рекомендации по управлению делом (*case management*) и правило *lis pendens*<sup>1</sup>. Потребность обращения к этим альтернативам объясняется отсутствием ключевого условия для применения правила *res judicata* — вынесения государственным или третейским судом решения по существу спора. Сфера действия первой альтернативы распространяется на случаи, когда параллельные разбирательства не носят характер тождественности, но взаимосвязаны друг с другом<sup>2</sup>. Установление данного факта позволяет арбитрам приостановить арбитражное разбирательство до завершения параллельного разбирательства, если это оправдано с точки зрения достижения справедливости<sup>3</sup>. Безусловно, вынесение такого процессуального решения

<sup>1</sup> Асосков А. В. Комментарий к Рекомендациям Ассоциации международного права о применении доктрин *lis pendens* и *res judicata* в отношении арбитража: основные положения и перспективы использования в российской практике / Международный коммерческий арбитраж. 2008. № 2. С. 92; ILA Final Report on *Lis Pendens* and Arbitration, 72nd International Law Association Conference on International Commercial Arbitration (Toronto, Canada, June 4–8, 2006) (Final Report on *Lis Pendens* and Arbitration 2006) // Arbitration International. 2009. Vol. 25. N 1. P. 25, 30.

<sup>2</sup> Final Report on *Lis Pendens* and Arbitration 2006... Par. 4.25, 4.49, 4.50.

<sup>3</sup> В Окончательном отчете о *lis pendens* и арбитраже, утвержденном в 2006 г. на 72-й конференции Ассоциации международного права (далее — Окончательный отчет о *lis pendens* и арбитраже 2006 г.), Комитет по международному коммерческому арбитражу допустил возможность

полностью зависит от внутреннего убеждения и уверенности третейского суда в эффективности принятой меры — факторов, указывающих на реализацию арбитрами своих дискреционных полномочий, а не от следования четким и ясным критериям для решения спорных вопросов. В отличие от первой альтернативы вторая сохраняет свою актуальность только в случае возникновения конфликта юрисдикций между государственными судами, находящимися на территории разных стран. Также она не прибегает к праву усмотрения судьи как главному побудительному мотиву, от которого зависит продолжение разбирательства. В западной юридической литературе правило *lis pendens* рассматривается как дополнение правила *res judicata*, его предшественник на первоначальной стадии судебного процесса<sup>4</sup>, когда иностранный государственный суд еще не вынес судебное решение по существу спора, но уже необходимо оценить перспективы его признания и приведения в исполнение на территории государства, в котором возбужден параллельный судебный процесс. Для союза государств, объединенных, как правило, по региональному признаку и имеющих унифицированные нормы международного гражданского процесса (например, ЕС), достаточно применения временного критерия. Его суть заключается в сохранении приоритета за судом, первым получившим иск от заинтересованной стороны, и признании его юрисдикции всеми судами других договаривающихся государств<sup>5</sup>. Интересно отметить, что тест тройной идентичности может быть сокращен до «двойного требования»<sup>6</sup>: тождественность сторон и оснований иска.

### Оспаривание арбитражного соглашения

Временная особенность проявления правила *lis pendens*, его неразрывная связь с первоначальной стадией судебного процесса, когда судья принимает решение о своей юрисдикции, поднимает вопрос о допустимости распространения данного правила на арбитраж. В настоящее время сложилась устойчивая точка зрения о том, что результат рассмотрения спора в третейском суде может зависеть от применения правила *res judicata*. Об этом свидетельствует арбитражная практика по рассмотрению споров

---

приостановления третейского разбирательства с участием собственника и подрядчика до разрешения спора между подрядчиком и субподрядчиком, а также при рассмотрении спора из договора перепродажи (*string contract*) или сложной цепочки поставок (*long supply chain*) до завершения параллельного разбирательства между первоначальным продавцом или производителем и первоначальным покупателем (Final Report on *Lis Pendens* and Arbitration 2006 ... Recommendation 6. Par. 5.11).

<sup>4</sup> McLachlan C. *Lis Pendens* in International Litigation. Leiden, 2009. P. 49.

<sup>5</sup> См.: ст. 21 Брюссельской конвенции по вопросам юрисдикции и принудительного исполнения судебных решений в отношении гражданских и коммерческих споров 1968 г.; ст. 27 Регламента ЕС № 44/2001 от 22.12.2000, Регламента ЕС № 1215/2012 от 12.12.2012 (далее — Регламент ЕС № 1215/2012) о юрисдикции и признании и приведении в исполнение судебных решений по гражданским и коммерческим делам. Также см.: п. 5 ч. 1 ст. 244 АПК РФ, в соответствии с которым арбитражный суд отказывает в признании и приведении в исполнение решения иностранного суда полностью или в части в случае, если на рассмотрении суда в Российской Федерации находится дело по спору между теми же лицами, о том же предмете и по тем же основаниям, производство по которому возбуждено до возбуждения производства по делу в иностранном суде, или суд в Российской Федерации первым принял к своему производству заявление по спору между теми же лицами, о том же предмете и по тем же основаниям.

<sup>6</sup> McLachlan C. Op. cit. P. 61.

как в межгосударственном<sup>7</sup>, так и инвестиционном арбитраже<sup>8</sup>. Ссылаясь на преюдициальный характер вопросов, разрешенных в предыдущем разбирательстве, заинтересованная сторона пытается повлиять на содержание решения по существу спора. Совсем другая ситуация складывается с правилом *lis pendens*. Прямым следствием его применения является разрешение конфликта между двумя форумами, каждый из которых имеет правовое основание претендовать на признание своей юрисдикции. Данный конфликт может возникнуть между государственными судами, находящимися в разных странах, если их процессуальное законодательство предписывает этим судам принять иск и возбудить производство по делу. Коллизия законов, действующих на территории этих государств и содержащих взаимоисключающие правила об определении юрисдикции, преодолевается только путем применения правила *lis pendens*, устанавливаемого обычно международным договором или совместным нормативным актом союза государств. В то же время конфликт юрисдикций не может возникнуть между государственным судом и коммерческим третейским судом, рассматривающим внутригосударственные или трансграничные споры, так как данный тип третейских судов основан на традиционной модели арбитража, построенной на соглашении сторон<sup>9</sup>. Здесь речь идет не о конфликте равноценных правовых оснований, а об оспаривании одного из них — арбитражного соглашения<sup>10</sup>. Причем окончательное решение по обнаружению пороков этого соглашения выносит государственный суд на различных стадиях своего вмешательства в арбитраж, когда об этом просит заинтересованная сторона. В частности, обращение в государственный суд может поступить до начала проведения арбитражного разбирательства от стороны, противодействующей арбитражу. Если ей удастся доказать недействительность, неисполнимость арбитражного соглашения или утрату его силы, государственный суд выносит ре-

<sup>7</sup> В деле *Pious Fund case* арбитражный трибунал прямо указал, что правило *res judicata* «применяется не только к судебным решениям трибуналов, созданных государством, но и в равной степени к арбитражным решениям, вынесенным в рамках юрисдикции, установленной третейской записью (compromis)» (*The United States of America v. Mexico*. PCA case. Award under the Protocol of an Agreement between the United States of America and the Republic of Mexico for the Adjustment of Certain Contentions Arising under What Is Known as the "Pious Fund of the Californias". October 14, 1902 (*Pious Fund case*) // Reports of International Arbitral Award. 2006. Vol. IX. P. 2).

<sup>8</sup> В деле *Waste Management v. Mexico* трибунал МЦУИС рассмотрел вопрос о применении правила *res judicata* и пришел к следующим выводам: «Не существует сомнений в том, что *res judicata* является принципом международного права и даже общим принципом права по смыслу ст. 38 (1) (с) Статута Международного Суда ООН. Действительно, обе стороны признали это. Тем не менее судебное решение обладает эффектом *res judicata*, если оно вынесено между теми же сторонами и касается тех же вопросов, которые были ранее решены» (*Waste Management, Inc. v. The United Mexican States*. ICSID case № ARB(AF)/00/3. Decision of the Tribunal on Mexico's Preliminary Objection concerning the Previous Proceedings. June 26, 2002 (*Waste Management v. Mexico* (Decision on Preliminary Objection)). Par. 39.).

<sup>9</sup> По мнению К. Содерлунда, в случае проведения параллельных разбирательств в государственном и третейском судах не возникает основания для применения правила *lis pendens*. Может возникнуть лишь вопрос о выборе юрисдикционного органа, обладающего компетенцией (Soderlund C. *Lis Pendens, Res Judicata and the Issue of Parallel Judicial Proceedings* // Journal of International Arbitration. 2005. Vol. 22. P. 312). К схожему выводу приходят Б. Кремандес и И. Мадалена: «Арбитражное разбирательство по своей природе отличается от судебного процесса и поэтому не может создавать реальное правило *lis pendens*» (Cremandes B.M., Madalena I. *Parallel Proceedings in International Arbitration* // Arbitration International. 2008. Vol. 24. № 4. P. 511).

<sup>10</sup> Soderlund C. Op. cit. P. 310.

шение о направлении сторон в арбитраж<sup>11</sup>. Активность стороны, отдавшей предпочтение государственным органам правосудия перед третейским судом, имеет существенное значение, поскольку именно за ней, а не за государственным судом закреплена инициатива по рассмотрению этого вопроса<sup>12</sup>.

Пороки арбитражного соглашения могут быть также обнаружены государственным судом, находящимся в стране проведения арбитражного разбирательства, после вынесения третейским судом предварительного решения о наличии своей компетенции<sup>13</sup> и на стадии отмены арбитражного решения по существу спора<sup>14</sup>. Необходимость в применении правила *lis pendens* обычно возникает в первом случае, когда иностранный государственный суд обнаруживает порок или пороки арбитражного соглашения и отказывает заинтересованной стороне в удовлетворении ее просьбе о направлении сторон в арбитраж. В западной юридической литературе принято называть такое решение — осуществление «косвенной международной юрисдикции»<sup>15</sup>.

Сторона, выступающая против проведения арбитражного разбирательства, обращается в государственный суд по месту своего нахождения с целью разрешения спора, подпадающего под сферу действия арбитражного соглашения. Эта возможность появляется, если национальное процессуальное право предусматривает широкий перечень обстоятельств, которые разрешают государственному суду распространять свою юрисдикцию на рассмотрение дел с участием иностранных лиц, в частности: нахождение ответчика или его имущества на территории страны суда, исполнение договорного обязательства на территории страны суда и др.<sup>16</sup> В итоге вопрос о пороках арбитражного соглашения может быть поставлен не перед государственным судом, находящимся в стране проведения арбитража, а перед иностранным государственным судом. Тем самым действия стороны, направленные на оспаривание арбитражного соглашения и возбуждение судебного процесса по разрешению материально-правового спора, способствуют созданию конфликта юрисдикций между государственными судами, в той или иной степени вовлеченными в рассмотрение вопросов арбитражного разбирательства. Если судебный процесс возбужден ранее арбитража, сторона, выбравшая судебную форму защиты своих интересов, может настаивать на применении правила *lis pendens*.

<sup>11</sup> См.: п. 3 ст. 2 Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г. (далее — Нью-Йоркская конвенция 1958 г., Конвенция).

<sup>12</sup> Исследуя историю принятия Нью-Йоркской конвенции 1958 г. и подготовительные материалы к ней, Г. Кардуси демонстрирует кардинальное изменение взглядов ее разработчиков на роль государственного суда при решении вопроса о направлении сторон в арбитраж. Как известно, действующая редакция ст. 2 (3) Конвенции предусматривает право государственного суда направить стороны в арбитраж при условии обращения одной из них, хотя за день до принятия Конвенции предполагалось обязать государственный суд поднимать этот вопрос по собственной инициативе (Carducci. G. Arbitration, Anti-suit Injunctions and *Lis Pendens* under the European Jurisdiction Regulation and the New York Convention // Arbitration International. 2011. Vol. 27. № 2. P. 187).

<sup>13</sup> См.: п. 3 ст. 16 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже 1985 г. (далее — Типовой закон ЮНСИТРАЛ 1985 г.); п. 3 ст. 16 Закона РФ № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» от 07.07.1993 (далее — Закон РФ о МКА 1993 г.).

<sup>14</sup> См.: ст. 34 Типового закона ЮНСИТРАЛ 1985 г.; ст. 34 Закона РФ о МКА 1993 г.

<sup>15</sup> Oetiker C. *The Principle of Lis Pendens in International Arbitration: The Swiss Decision in Fomento v. Colon* // Arbitration International. 2002. Vol. 18. № 2. P. 140.

<sup>16</sup> См.: ст. 247 АПК РФ; ст. 2, 5 Регламента ЕС № 1215/2012.

Описанный сценарий послужил причиной для пересмотра традиционных представлений о взаимодействии государственных и третейских судов, столкнувшихся с проблемой проведения параллельных разбирательств. Наиболее остро она проявилась в казусе *Fomento*<sup>17</sup>, который своим происхождением обязан швейцарской судебной практике, попытавшейся разрешить конфликт между решением иностранного государственного суда и решением швейцарского третейского суда на основе Федерального закона Швейцарии о международном частном праве 1987 г. (далее — Закон Швейцарии о МЧП 1987 г.). Этот казус подтвердил равные права между государственным и третейским судом при решении юрисдикционных вопросов, что повлекло за собой применение правила *lis pendens* и оставление приоритета за иностранным государственным судом, первым получившим иск от заинтересованной стороны<sup>18</sup>. Появление в юридическом сообществе Швейцарии критических замечаний о негативном влиянии казуса *Fomento* на арбитраж, в частности возможном падении привлекательности Швейцарии как места проведения арбитражного разбирательства, привело к внесению изменений в Закон Швейцарии о МЧП 1987 г.<sup>19</sup>

Применение правила *lis pendens* к арбитражу логически вытекает из его тесной связи с правилом *res judicata*, которое, как было сказано ранее, обладает общепризнанным авторитетом в международном арбитраже. В связи с этим достаточно нормативного закрепления данного правила в отношении государственных судов, чтобы распространить его действие на третейские суды по аналогии<sup>20</sup>. Результатом применения правила *lis pendens* к арбитражу является ограничение свободы арбитров в принятии решения о своей компетенции, поскольку на них налагается дополнительная обязанность учитывать, помимо временного критерия (первенства иностранного государственного суда в получении иска), набор определенных факторов,

<sup>17</sup> Для целей настоящего исследования казус *Fomento* включает в себя следующие дела, рассмотренные Федеральным верховным судом Швейцарии: *Compania Minera Condessa and Compania de Minas Buenaventura S. A. v. BRGM-Perou SAS (formerly La-Source, Compagnie Miniere SAS) // DSFSC (ATF)*. 1998. Vol. 124. III. P. 86–87 (*Condessa v. BRGM*) и *Fomento de Construccions y Contratas S. A. v. Colon Container Terminal S. A. // DSFSC (ATF)*. 2001. Vol. 127. III. P. 279 (*Fomento v. Colon*).

<sup>18</sup> В деле *Condessa v. BRGM* Федеральный верховный суд Швейцарии отказался применять правило *lis pendens* в отношении решения перуанского государственного суда и разрешил третейскому суду игнорировать данное решение при определении своей компетенции (*Condessa v. BRGM*. Decision of the Swiss Federal Supreme Court. December 19, 1997 (*Condessa v. BRGM* (Decision))). В деле *Fomento v. Colon* Федеральный верховный суд Швейцарии применил правило *lis pendens* в отношении решения панамского государственного суда и отказал третейскому суду в признании его приоритета в определении своей компетенции. Данный вывод был основан на утверждении о том, что государственный и третейский суд имеют равные права при решении юрисдикционных вопросов, и в случае возникновения конфликта между ними приоритет остается за судом, первым получившим иск (*Fomento v. Colon*. Decision of the Swiss Federal Supreme Court. May 14, 2001 (*Fomento v. Colon* (Decision))).

<sup>19</sup> В 2006 г. были внесены изменения в Закон Швейцарии о МЧП 1987 г. — был добавлен новый пп. 1bis в п. 1. ст. 186. До внесения поправок, которые вступили в силу с 01.03.2007, данный пункт налагал обязанность на третейский суд самостоятельно определять свою компетенцию. Новый пп. 1bis внес уточнение о том, что вышеназванная обязанность третейского суда продолжает существовать, несмотря на проведение параллельного разбирательства в государственном суде или другом третейском суде по рассмотрению спора по тому же предмету иска и между теми же сторонами, за исключением случаев, когда серьезные причины требуют приостановления арбитражного разбирательства.

<sup>20</sup> Oetiker C. Op. cit. P. 138–139.

создающих основу для применения вышеназванного правила. В зависимости от национальных особенностей регулирования процессуальных отношений перечень этих факторов может не ограничиваться условиями применения правила *res judicata* (тождественностью сторон и предмета исков) и включать в себя требования по соблюдению иностранным государственным судом разумного срока для вынесения судебного решения, его исполнимости в стране суда (применительно к арбитражу — стране проведения арбитражного разбирательства)<sup>21</sup>. Установление третейским судом всех вышеперечисленных факторов означает приостановление арбитражного разбирательства до принятия решения иностранным государственным судом о наличии или отсутствии своей юрисдикции. Очевидно, что третейский суд и иностранный государственный суд могут прийти к противоположным выводам относительно оценки фактических обстоятельств, влияющих на действительность арбитражного соглашения и, следовательно, на наличие у третейского суда компетенции рассматривать спор по существу<sup>22</sup>. Однако суть правила *lis pendens* заключается в признании приоритета за форумом, первым получившим иск, без оценки содержания его решения. Кроме того, нельзя исключить ситуации, когда вынесение взаимоисключающих решений объясняется не различной оценкой фактических обстоятельств, а различным правовым регулированием в стране нахождения иностранного государственного суда и стране проведения арбитражного разбирательства. Характерным примером является вопрос об арбитрабельности спора, который обычно определяется иностранным государственным судом в соответствии с правом страны его нахождения — *lex fori*. Если оно запрещает передавать спор на разрешение в арбитраж, иностранный государственный суд откажет ответчику в удовлетворении его просьбы о направлении сторон в арбитраж и продолжит рассмотрение дела по существу. В то же время третейский суд будет определять арбитрабельность спора по праву страны, в которой проходит арбитражное разбирательство — *lex loci arbitri*, и может прийти к противоположному выводу, если в этой стране действует более либеральный режим в отношении арбитража. Применение правила *lis pendens* вынудит третейский суд приостановить проведение арбитражного разбирательства и подчиниться решению иностранного государственного суда<sup>23</sup>. Получается, что данное правило

<sup>21</sup> См.: ст. 9 (1) Закона Швейцарии о МЧП 1987 г.

<sup>22</sup> В деле *Condesa v. BRGM* перуанский государственный суд рассматривал вопрос о сфере действия арбитражного соглашения, содержащегося в соглашении между участниками и измененном уставе перуанской компании (Cedimin S. A.). Перуанский суд пришел к выводу, что данное соглашение не может исключить юрисдикцию государственного суда, так как не все процессуальные оппоненты являлись сторонами арбитражного соглашения. В деле *Fomento v. Colon* панамский государственный суд отклонил возражения панамской компании (Colon) против юрисдикции панамского суда, которая так же, как и в деле *Condesa v. BRGM*, сослалась на наличие между сторонами арбитражного соглашения. В качестве основания для отказа в удовлетворении ходатайства ответчика был указан пропуск им срока, предусмотренного в панамском процессуальном законодательстве для заявления вышеназванных возражений. В обоих делах третейский суд, проводивший арбитражное разбирательство в Швейцарии по Арбитражному регламенту Международной торговой палаты, признал свою компетенцию. Также см.: Cremandes B. M., Madaleva I. Op. cit. P. 511–512; Kaufmann-Kohler G., Rigozzi A. *International Arbitration: Law and Practice in Switzerland*. Oxford, 2015. P. 254–256.

<sup>23</sup> Взаимоисключающие решения об арбитрабельности, вынесенные иностранным и третейским судами, были продемонстрированы Ф. Перре на смоделированном им примере о признании недействительным немецкого патента, который является предметом лицензионного соглашения, заключенного между голландской компанией (лицензиаром) и французской ком-

из средства координации между судами превращается в дополнительный барьер, который необходимо преодолеть стороне, выбравшей арбитраж как способ разрешения споров, еще на первоначальной стадии проведения арбитражного разбирательства. Вероятность появления подобных сценариев в реальной практике подрывает привлекательность любого арбитражного института и поэтому не могла пройти незамеченной в западной юридической литературе. Критика сложившегося подхода послужила основой для формирования крайне радикальной точки зрения о наделении третейского суда процессуальным приоритетом в принятии решения о своей компетенции<sup>24</sup>. Причем в швейцарском праве потребовалось нормативное закрепление данной идеи путем прямого разрешения третейскому суду не обращать внимания на проведение параллельного разбирательства в государственном или другом третейском суде при вынесении решения о своей компетенции. Исключения составляют случаи, когда имеются серьезные причины приостановить арбитражное разбирательство<sup>25</sup>. Отсутствие четких критериев в приведенной формулировке позволяет сделать вывод о дискреционном характере полномочий арбитров, решивших применить данное исключение.

### Процессуальный приоритет третейского суда

Наделение третейского суда процессуальным приоритетом нельзя рассматривать в отрыве от правового режима, в котором он осуществляет свою деятельность. Общепринятая модель взаимодействия государственных и третейских судов построена на раздельном правовом регулировании арбитражного разбирательства и судебного процесса. Эта модель допускает вмешательство государственного суда на трех ключевых стадиях арбитража, когда сторона, выступающая против проведения арбитражного разбирательства, вправе оспорить компетенцию третейского суда: оспаривание предварительного решения третейского суда о наличии своей компетенции, заявление ходатайства об отмене арбитражного решения или отказе в признании и приведении его в исполнение. Процессуальный приоритет третейского суда обеспечивается естественным ходом развития событий, описываемых в соответствующих правовых нормах и предполагающих временное преимущество арбитров в принятии решения о своей компетенции. Однако это преимущество утрачивается, если участники арбитражного разбирательства

---

панией (лицензиатом). Лицензионное соглашение подчинено швейцарскому праву и содержит арбитражную оговорку о рассмотрении споров в арбитраже, подлежащем проведению в Швейцарии. Запрет на рассмотрение споров о действительности патентов, предусмотренный в немецком праве, может привести к вынесению немецкого судебного решения, которое будет обладать приоритетом перед решением третейского суда в силу применения правила *lis pendens* (Perret F. Parallel Actions Pending before an Arbitral Tribunal and a State Court: The Solution under Swiss Law // Arbitration International. 2000. Vol. 16. № 3. P. 338–340).

<sup>24</sup> В Окончательном отчете о *lis pendens* и арбитраже 2006 г. Комитет по международному коммерческому арбитражу высказался в пользу продолжения арбитражного разбирательства, несмотря на проведение параллельного судебного процесса, ссылаясь, в числе прочих доводов, на опасность затягивания иностранным государственным судом вынесения окончательного судебного решения и потенциальную возможность отмены арбитражного решения в стране арбитража, что является дополнительной гарантией для заинтересованной стороны оспорить компетенцию третейского суда со ссылкой на иностранное судебное решение (Final Report on *Lis Pendens* and Arbitration 2006... Recommendation 4. Par. 5.9).

<sup>25</sup> См.: ст. 186 (1bis) Закона Швейцарии о МЧП 1987 г.

отстают от стандартной модели правоотношений: третейский суд отказывается выносить предварительное решение о своей юрисдикции, откладывая этот вопрос до вынесения окончательного арбитражного решения, или сторона, выступающая против проведения арбитражного разбирательства, предпочитает обратиться в государственный суд с материально-правовым требованием к другой стороне, не дожидаясь окончания арбитражного разбирательства или даже его начала, когда под сомнение поставлена действительность арбитражного соглашения. Здесь уже требуется нормативное закрепление процессуального приоритета третейского суда в явно выраженной форме. Ярким примером такого нормотворчества на национальном уровне является описанная ранее швейцарская модель, основанная на исключении правила *lis pendens* в отношении арбитража, на универсальном уровне — Европейская конвенция 1961 г.<sup>26</sup> и предложения по ревизии Нью-Йоркской конвенции 1958 г., обсуждаемые на международных конференциях<sup>27</sup>.

Добровольное самоустранение государственного суда от рассмотрения вопроса о наличии или отсутствии своей юрисдикции по спору, подпадающему под сферу действия арбитражного соглашения, отражает возрастающую силу правовых принципов, основанных на свободе договора и автономии воли сторон. Влияние этих принципов все чаще проявляется не только во взаимодействии между государственными и третейскими судами, но и во взаимодействии государственных судов между собой. На универсальном уровне предложена система правил, разрешающих конфликт юрисдикций в случае заключения сторонами пророгационного соглашения. В ее основе лежит наделение государственного суда, выбранного сторонами в пророгационном соглашении, исключительной юрисдикцией рассматривать спор, который подпадает под сферу действия вышеназванного соглашения<sup>28</sup>. На всех других государственных судах лежит обязанность приостановить или прекратить судебный процесс, за исключением случаев, когда обнаружены пороки пророгационного соглашения (ничтожность или неисполнимость), недееспособность сторон или установлены факты, свидетельствующие о том,

<sup>26</sup> См.: п. 3 ст. 6 Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже 1961 г. Следует подчеркнуть, что данная норма наделяет третейский суд процессуальным приоритетом (причем в переводе на русский язык процессуальный приоритет приобретает более категоричный характер) в случае, когда сторона, выступающая против проведения арбитражного разбирательства, обратилась в государственный суд после его начала (Лебедев С. Н. Международный коммерческий арбитраж: компетенция арбитров и соглашение сторон // Избранные труды по международному коммерческому арбитражу, праву международной торговли, международному частному праву, частному морскому праву. М., 2009. С. 300; Ануров В. Н. Конфликт юрисдикций при оспаривании арбитражного соглашения. М., 2013. С. 50–54).

<sup>27</sup> На конференции, проходившей под эгидой Международной ассоциации конгрессов и конференций (ИССА) в 2008 г., были выдвинуты предложения по установлению обязанности для национального государственного суда направлять стороны в арбитраж по обращению одной из них, если сторона, противодействующая арбитражу, не представит доказательства того, что 1) обращение о направлении сторон в арбитраж поступило после представления другой стороны своего первого заявления по существу спора; или 2) арбитражное соглашение недействительно в силу применения теста *prima facie* по праву страны, в которой будет вынесено арбитражное решение; или 3) рассмотрение спора в арбитраже нарушит международный публичный порядок, превалирующий в стране, в которой произошло обращение к арбитражному соглашению (van den A. J. Berg Hypothetical Draft Convention on the International Enforcement of Arbitration Agreements and Awards. Art. 2 // 50 Years of the New York Convention (ICCA Congress Series. Dublin, 2009. № 14. P. 649, 671–672).

<sup>28</sup> См.: ст. 5 (1) Гаагской конвенции о выборе подсудности в пророгационных соглашениях 2005 г. (далее — Гаагская конвенция 2005 г.).



что избранный сторонами суд отказался рассматривать дело или исполнение пророгационного соглашения может привести к явной несправедливости или явному противоречию публичному порядку страны суда<sup>29</sup>. Среди стандартных положений, которые можно встретить в перечне оснований для отказа в приведении в исполнение арбитражных или судебных решений, выделяется одна особенность, подчеркивающая либеральный характер новой системы правил. Ничтожность пророгационного соглашения определяется по праву страны суда, избранного сторонами. Таким образом, даже пороки пророгационного соглашения, делающие его недействительным, не затрагивают коллизионную привязку к праву страны суда, избранного сторонами, и следовательно, частично придают юридический эффект ничтожной сделке<sup>30</sup>. Такое возвышение частного элемента в правоотношениях над публичными интересами, преследуемыми любым государственным судом в установлении своей юрисдикции по делу, возможно при существовании между судами договаривающихся государств доверия друг к другу и схожести коллизионного регулирования, поскольку отсылка к праву страны суда, избранному сторонами, не запрещает обратную отсылку<sup>31</sup>.

Дополнительными гарантиями, усиливающими эффективность новой системы правил, являются положения о признании и приведении в исполнение судебных решений, основанных на различной степени проявления правила *res judicata*. Государственный суд может отказать в признании или приведении в исполнение иностранного судебного решения, если оно несовместимо (*inconsistent*) с судебным решением, вынесенным в стране этого суда по спору между теми же сторонами<sup>32</sup>. Степень несовместимости иностранного судебного решения с судебным решением, вынесенным в другом договаривающемся государстве, сужается путем добавления требования о тождественности основания исков и условия о более ранней дате вынесения второго решения<sup>33</sup>. Эти дополнительные гарантии в совокупности с установлением исключительной юрисдикции избранного сторонами суда

<sup>29</sup> См.: ст. 6 Гаагской конвенции 2005 г.

<sup>30</sup> Как сказано в Пояснительной записке к Гаагской конвенции 2005 г., подготовленной Т. Хартли и М. Догаучи, «положения о ничтожности применяются к материально-правовым (не формальным) основаниям недействительности. Предполагалось сослаться главным образом на общепризнанные основания, такие как мошенничество, ошибку, заблуждение, насилие или недееспособность» (Explanatory Report to the Convention of June 30, 2005 on Choice of Court Agreements Hartley T., Dogauchi M. Edited by the Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law, 12th Session (Explanatory Report to Hague Convention 2005). Par. 126).

<sup>31</sup> Explanatory Report to Hague Convention 2005... Par. 125; Schaffstein S. The Doctrine of *Res Judicata* Before International Arbitral Tribunals: PHD Thesis / Centre for Commercial Law Studies Queen Mary and Westfield College, University London and the Faculty of Law of the University of Geneva. Geneva, 2012. P. 69.

<sup>32</sup> См.: ст. 9 (f) Гаагской конвенции 2005 г.; ст. 45 (1) (c) Регламента ЕС 1215/2012; ст. 7 (e) Проекта 2017 г. Гаагской конвенции об иностранных судебных решениях.

<sup>33</sup> См.: ст. 9 (g) Гаагской конвенции 2005 г.; ст. 45 (1) (d) Регламента ЕС 1215/2012. В ст. 7 (f) Проекта 2017 г. Гаагской конвенции об иностранных судебных решениях термин «основание иска» заменен на термин «предмет» (*subject matter*). Авторы предварительного пояснительного отчета Ф. Альферез (F. Alferez) и Ж. Самьер (G. Saumer) объяснили эту замену необходимостью исключить условие об идентичности оснований иска в двух судебных решениях, поскольку данное условие носит слишком требовательный (*demanding*) характер, особенно с учетом разнообразия оснований иска в различных государствах (Preliminary Explanatory Report № 7. Third Meeting of the Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments. November 13–17, 2017).

призваны устранить необходимость для государственного суда обращаться к доктринам *forum non conveniens* или *lis pendens*<sup>34</sup>.

Процессуальный приоритет третейского суда может быть выражен и в скрытой форме путем установления отдельного правового режима для исполнения иностранного судебного решения по существу спора, подпадающего под сферу действия арбитражного соглашения, и иностранного арбитражного решения, вынесенного на основании этого соглашения. В случае возникновения конфликта между ними приоритет отдается судебному решению, принятому по результатам рассмотрения ходатайства заинтересованной стороны о признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения в рамках Нью-Йоркской конвенции 1958 г.<sup>35</sup> Тем самым компетенция третейского суда по разрешению спора получает защиту, несмотря на вынесение судебного решения по тому же спору. Получается, что выводы иностранного государственного суда о наличии своей юрисдикции в некоторых случаях могут быть признаны ошибочными или сделанными на основе недостаточной доказательственной базы, если они будут противоречить арбитражному решению, соответствующему всем требованиям Нью-Йоркской конвенции 1958 г. Сомнения в правильности судебной оценки арбитражного соглашения объясняются вторичным характером вопроса, связанного с исследованием пороков арбитражного соглашения, по отношению к главному вопросу о рассмотрении материально-правового требования истца по существу. Напротив, третейский суд тот же самый вопрос рассматривает как главный, так как от его решения напрямую зависит установление наличия или отсутствия у третейского суда компетенции<sup>36</sup>. В случае возникновения конфликта между решениями государственного и третейского судов правило *lis pendens* не подлежит применению<sup>37</sup>.

Процессуальный приоритет третейского суда умаляет значение иностранного государственного суда, демонстрирует отсутствие к нему доверия со стороны государственных судов, находящихся в стране проведения арбитражного разбирательства или признания и приведения в исполнение арбитражного решения. Это дополнительное преимущество, предоставляемое арбитражу, является логическим следствием ослабления роли государственных судов при выполнении ими надзорных и контрольных функций по отношению к третейским судам. Стремление сделать свою страну привлекательным местом для разрешения коммерческих и инвестиционных споров вынуждает национальных законодателей и судей пойти на неоправданное ограничение судебного вмешательства в деятельность третейских судов. В частности, речь идет о безусловном применении теста *prima facie* при рассмотрении вопроса о действительности арбитражного соглашения, его исполнимости или сохранении им своей юридической силы. Государственный суд не проводит всестороннюю и полноценную проверку, а ограничивается лишь обнаружением явных и очевидных пороков арбитражного

<sup>34</sup> Explanatory Report to Hague Convention 2005... Par. 132, 133; Schaffstein S. Op. cit. P. 70.

<sup>35</sup> См.: абз. 3 п. 12 Вводной части Регламента ЕС 1215/2012.

<sup>36</sup> Perret F. Op. cit. P. 341.

<sup>37</sup> См.: абз. 2 п. 12 Вводной части Регламента ЕС 1215/2012; Perret F. Op. cit. P. 341.

соглашения<sup>38</sup>. Такой усеченный правовой анализ возможен, когда у проверяющего органа остается право вернуться к рассматриваемому вопросу в будущем, на других стадиях выполнения им контрольных и надзорных функций<sup>39</sup>. Если такой возможности нет, отсутствуют и правовые основания для применения теста *prima facie*<sup>40</sup>.

Уменьшение государственного влияния на арбитраж проявляется не только в ограничении полномочий государственных судов в результате применения вышеназванного теста, но в расширении полномочий третейских судов путем освобождения их от соблюдения правила *lis pendens*. Применение данного подхода к национальным третейским судам, разрешающим коммерческие и инвестиционные споры, противоречит традиционному представлению о частноправовой природе арбитража, основанного на соглашении сторон. Правило *lis pendens* предназначено для устранения конфликта юрисдикций между форумными, обладающими равным статусом по отношению друг к другу. Национальные третейские суды подпадают под юрисдикцию государственных судов, находящихся в стране арбитража. Если арбитры стремятся вынести арбитражное решение, которое не будет отменено в стране проведения арбитражного разбирательства, им следует приостановить его до рассмотрения государственным судом вопроса, затрагивающего компетенцию третейского суда, даже в случаях, когда арбитражное разбирательство началось до подачи соответствующего иска в государственный суд. Процессуальный приоритет третейского суда имеет смысл, когда заинтересованная сторона намеревается исполнить арбитражное решение в иностранном государстве и сознательно идет на риск отмены арбитражного решения в стране его вынесения.

Правило *lis pendens* может быть применимо только к наднациональным третейским судам, образованным под эгидой арбитражного института или в качестве арбитража *ad hoc* на основании международного договора. Их деятельность определяется мандатом, предоставленным договаривающимися государствами, и, соответственно, не подпадает под юрисдикцию отдельного государства, на территории которого проходит арбитражное разбирательство и выносится арбитражное решение.

Что же касается проведения параллельных арбитражных разбирательств, третейские суды обладают широким правом усмотрения в обращении к правилу *lis pendens* для признания или отрицания своей компетенции<sup>41</sup>.

<sup>38</sup> Панов А. А. Международный коммерческий арбитраж в Европе в свете последних инициатив Европейской комиссии по изменению Брюссельского регламента // Вестник Международного коммерческого арбитража. 2010. № 2. С. 194.

<sup>39</sup> Oetiker C. Op. cit. P. 143–144.

<sup>40</sup> См.: van den A. J. Berg. New York Arbitration Convention of 1958: Synthesis of 45 Years of Judicial Practice // International Conference “Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards” (on the occasion of 45th Anniversary of the New York Convention) (Moscow, Oct. 13–14, 2003). P. 55; Born G.B. International Commercial Arbitration. Vol. 1. Kluwer Law International, 2009. P. 859; Руководство Международного совета по коммерческому арбитражу по толкованию Нью-Йоркской конвенции 1958 г.: Пособие для судей. М.; Берлин, 2012. С. 35; Ануров В. Н. Конфликт юрисдикций при оспаривании арбитражного соглашения. М., 2013. С. 61.

<sup>41</sup> В Окончательном отчете о *lis pendens* и арбитраже 2006 г. правило *lis pendens* рассматривается в рамках управления делом (case management). Как указал Комитет по международному коммерческому арбитражу, «было бы ошибочным для второго трибунала продолжать арбитраж, закрывая глаза на существование другого арбитража» (Final Report on *Lis Pendens* and Arbitration 2006..., Recommendation 5. Par. 5.10). Также см.: Асосков А. В. Указ. соч. С. 92.

В сущности, оно теряет обязательную юридическую силу, так как арбитры должны дать собственную оценку арбитражному соглашению и другим факторам, влияющим на принятие решение о компетенции. Факт более раннего обращения в первый третейский суд может являться основанием для второго третейского суда приостановить арбитражное разбирательство для того, чтобы ознакомиться с мнением своих коллег, у которых имелось больше времени для изучения позиций спорящих сторон. Второй третейский суд также вправе согласиться с решением первого третейского суда о наличии у него компетенции на рассмотрение спора и прекратить свое арбитражное разбирательство. Однако нарушение правила *lis pendens* не должно являться основанием для отмены решения о наличии компетенции у второго третейского суда, если государственный суд не обнаружит пороков арбитражного соглашения или других факторов, препятствующих проведению арбитражного разбирательства во втором третейском суде.