

Преюдициальность в арбитражном разбирательстве

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



Вопрос о преюдициальности поднимается в арбитражном разбирательстве для того, чтобы подтвердить завершающий и пресекающий эффекты судебного решения или арбитражного решения. Эти эффекты должны учитываться спорящими сторонами, у которых нет необходимости заново рассматривать вопросы права и факта, установленные вышеуказанными решениями, в последующих разбирательствах. Цель настоящей статьи — выделить и разрешить наиболее сложные проблемы, связанные с вопросом о преюдициальности в арбитражной практике.

Ключевые слова: преюдициальность; завершающий эффект; пресекающий эффект; лишение права на возражение; доктрина поглощения и запрета; тест тройной идентичности.

Обычным результатом разрешения спора в государственном или третейском суде является вынесение решения, обладающего свойствами окончательности и обязательности в отношении спорящих сторон. Очевидно, что любое повторение этого процесса в других форумах лишает вынесенное решение вышеуказанных свойств, поэтому еще в Древнем Риме были сформулированы четкие формулы, подчеркивающие необратимый эффект от вовлечения судьи в разрешение спора между сторонами: «в интересах государства, чтобы все судебные тяжбы приходили к концу» (*interest reipublicae ut sit finis litium*), «никто не должен дважды судиться по одному и тому же делу» (*nemo debet bis vexari pro una et eadem causa*)¹. До окончания разбирательства по делу еще сохраняется правовая неопределенность, нарастающая по мере выражения спорящими сторонами противоположных точек зрения на одни и те же вопросы факта или права. Вступление в силу судебного решения устраняет эту правовую неопределенность, так как заявления и доводы процессуальных оппонентов утрачивают свою актуальность, поскольку их место занимают выводы судьи, носящие окончательный, бесспорный и неопровержимый характер для сторон. Перечисленные термины подчеркивают завершенность проведенного разбирательства и, следовательно, «завершающий эффект» (*conclusive effect*) судебного решения. Его сфера действия распространяется на выводы судьи, связанные с рассмотрением материально-правовых вопросов по существу дела. Из завершающего эффекта судебного решения логически следует другой эффект, имеющий

¹ Данные формулы римского права широко используются в юридической литературе, посвященной доктрине *res judicata*. См.: Эндрюс Н. Система гражданского процесса Англии: судебное разбирательство, медиация и арбитраж / Пер. с англ. М. Ю. Маслова; Под ред. Р. М. Ходыкина. М., 2012. С. 224; 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. 75.

пресекающий характер (preclusive effect)². Его смысл заключается в предотвращении случаев, когда заинтересованная сторона пытается добиться повторного рассмотрения вопросов, по которым судья уже сформулировал выводы в ранее состоявшемся судебном разбирательстве. Данный эффект уже затрагивает процессуальную область правоотношений, поскольку используется заинтересованной стороной для того, чтобы воспрепятствовать другой стороне совершить процессуальные действия, направленные на повторное рассмотрение материально-правовых вопросов³. Такое деструктивное поведение не вступает в противоречие с государственными интересами, а наоборот, оказывает положительное воздействие на правопорядок в целом: соблюдается принцип процессуальной экономии путем исключения повторных разбирательств и связанных с ними дополнительных расходов, сохраняется стабильность правовой системы путем сокращения числа взаимоисключающих судебных решений и демонстрируется негативное отношение государства к сутяжничеству и злоупотреблению процессуальными правами.

Содержание правила *res judicata*

Необходимость в завершении любого разбирательства и устранении предпосылок для его повторного проведения настолько велика, что проявляется не только на национальном, но и на международном уровне. Правило, закрепленное в латинской формуле о недопустимости рассмотрения однажды разрешенного спора (*res judicata*), упоминается в решениях, вынесенных межгосударственным арбитражем еще в начале XX в.⁴ Упоминание о нем связано как с выполнением конкретных задач, стоящих перед международными судьями и арбитрами, так и с определением правовой природы исследуемого явления. Первая категория отличается большим

² В Окончательном отчете о *res judicata* и арбитраже, подготовленном председателем Комитета по международному коммерческому арбитражу Ф. де Ли (F. de Ly) и докладчиком А. Шеппардом (A. Sheppard) и представленном на 72-й конференции Ассоциации международного права в 2006 г. (далее — Окончательный отчет о *res judicata* и арбитраже 2006 г.), «завершающий» и «пресекающий» эффекты арбитражных решений отождествляются с позитивным и негативным эффектами этих решений, позитивным и негативным эффектами доктрины *res judicata*. Позитивный эффект дает возможность заинтересованной стороне ссылаться на выводы, установленные в предыдущем решении, негативный — защиту от повторного рассмотрения вопроса, разрешенного в предыдущем разбирательстве (ILA Final Report on *Res Judicata* and Arbitration, 72nd International Law Association Conference on International Commercial Arbitration, Toronto, Canada, 4–8 June 2006 (Final Report on *Res Judicata* and Arbitration 2006). Par. 15 // Arbitration International. 2009. Vol. 25. № 1. P. 69–70).

³ В Окончательном отчете о *res judicata* и арбитраже 2006 г. указывается на следующее различие между «завершающим» и «пресекающим» эффектами: «Завершающий эффект больше относится к материально-правовой части спора, на основе которой успешный истец может построить последующее арбитражное разбирательство. Таким образом, рекомендация заключается в том, что истец может использовать завершающий эффект арбитражного решения в последующем арбитражном разбирательстве в той степени, в которой это допустимо правилами, применимыми к арбитражу (правила арбитража, применимое право места проведения арбитража). Завершающий эффект, с другой стороны, больше относится к процессу, и поэтому его следует использовать как можно скорее после того, как сторона узнает или должна была узнать о предыдущем арбитражном решении» (Final Report on *Res Judicata* and Arbitration 2006... Par. 66–67. P. 81).

⁴ *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 Awards. Vol. IX. 2006. P. 1–14.

разнообразием проблем, возникающих при установлении преюдициального характера вопросов, которые были разрешены в предыдущем решении между теми же сторонами⁵, или при разрешении конфликта между мотивировочной и резолютивной частями решения, содержащими противоречащие друг другу выводы⁶. Вторая категория носит более теоретический характер, подчеркивает важное значение, придаваемое правилу *res judicata* в международных разбирательствах, и определяет его место в иерархии правовых источников. Об этом свидетельствует признание за данным правилом твердо установившегося авторитета (*well settled authority*)⁷, сравнение его с «существенной и установившейся нормой международного права» (*essential and settled rule of international law*)⁸, «твердо установившимся и общепризнанным принципом права» (*well-established and generally recognized principle of law*)⁹ или «общим принципом права, признаваемым цивилизованными нациями» (*general principle of law recognized by civilized nations*)¹⁰. Из приведенных формулировок видно, что в международном сообществе практикующих юристов отсутствуют сомнения в существовании правила *res judicata* и его полезном воздействии на регулирование процессуальных отношений. Вместе с тем разнообразие подходов к применению данного правила, встречающихся в арбитражной практике, нередко приводит к его полному отрицанию или, наоборот, неоправданному расширению сферы его действия, что негативно сказывается на достижении таких основных задач любого разбирательства, как правовая определенность и предсказуемость выносимого решения. Именно эти задачи выступают отправными точками для установления критерия, позволяющего выделить два доминирующих направления в юриспруденции по применению правила *res judicata*. Первое отражает традиционное представление о процессуальных отношениях, которым присущи строгое соблюдение формальностей и четкое регулирование процессуальных действий, совершаемых участниками разбирательства. Само обращение к третьему лицу (в государственный или третейский суд) за разрешением спора уже сопряжено с приданием данному действию особой процессуальной формы — иска (в некоторых правилах арбитража возбуждение арбитражного разбирательства начинается с подачи просьбы об арбитраже¹¹). Формальный подход проявляется также и в делении иска на две

⁵ *The United States of America v. Canada*. Decision under the Convention for Settlement of Difficulties Arising from Operation of Smelter at Trail. April 15, 1935 (*Trail Smelter case*) // Reports of International Arbitral Awards. 2006. Vol. III. P. 1905–1982; *Germany v. Poland*. PCIJ case. Judgement No. 11, Interpretation of Judgements Nos 7 and 8 concerning the Case of the Factory at Chorzow. December 16, 1927 (*Chorzow Factory case*) // Publications of the Permanent Court of International Justice. Leyden, 1927. Series A. No. 13. P. 5–22. (Collection of Judgements).

⁶ *The United Kingdom v. France*. Decision concerning the Delimitation of the Continental Shelf between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, and the French Republic. June 30, 1977 (*Channel Arbitration case*) // Reports of International Arbitral Awards. 2006. Vol. XVIII. P. 3–413.

⁷ *Channel Arbitration case*. P. 295.

⁸ *Trail Smelter case* (Decision). P. 1950.

⁹ *Effect of Awards of Compensation Made by the United Nations Administrative Tribunal*. ICJ case. Advisory Opinion. July 13, 1954 // International Court of Justice Reports of Judgements. Advisory Opinions and Orders. 1954. P. 53.

¹⁰ *Chorzow Factory case* (Dissenting Opinion of Anzilotti). P. 27.

¹¹ См.: ст. 6, 8 Арбитражного регламента Арбитражного института Торговой палаты Стокгольма (вступил в силу 01.01.2017, далее — Регламент SCC 2017); ст. 1 Арбитражного регламента Лондонского международного третейского суда (вступил в силу 01.10.2014, далее — Регламент

составные части: предмет и основание иска, раскрывающие его содержание и правовую природу¹². Если эти элементы подвергаются изменению, утрачивается тождество иска, то это влечет наступление различных процессуальных последствий. При изменении только одного элемента (предмета или основания иска) сохраняется тождество интереса истца¹³. В этом случае нарушение тождества иска допускается, поскольку существо спора, отраженное в первоначальных исковых требованиях истца, остается неизменным. Совсем другая ситуация складывается, когда одна из спорящих сторон просит государственного или третейского судью установить преюдициальный характер вопросов, разрешенных в предыдущем разбирательстве. Здесь уже необходимо наличие не только полного тождества между элементами иска, но и тождества сторон, участвующих как в предыдущем, так и в последующем разбирательстве. В юридической литературе эти требования известны под названием теста тройной идентичности (*triple identity test*)¹⁴, применяемого для обнаружения тождества между спорящими сторонами, предметом и основанием исков. Все три перечисленных элемента образуют в совокупности основу для традиционного понимания правила *res judicata*.

Второе направление характеризуется более либеральным подходом к толкованию данного правила. Ключевую роль играет уже не строгое соблюдение формальностей в процессуальных отношениях, а желание достичь материально-правовой справедливости. Для достижения этой цели допускается расширительное толкование трех вышеназванных элементов.

В наибольшей степени отклонение от формального подхода к применению правила *res judicata* проявляется в странах, принадлежащих к системе общего права, хотя в современной судебной практике стран континентальной Европы, включая практику Европейского суда справедливости, также можно обнаружить признаки либерализации судебного процесса. Ярким примером такой либерализации является установление тождественности между двумя различными исковыми требованиями, но объединенными общим предметом спора, разрешение которого в пользу одной из сторон предопределяет судьбу параллельного разбирательства, если придерживаться позиции о недопустимости вынесения взаимоисключающих решений¹⁵. Формализм в основании иска преодолевается за счет нарушения целостности иска как особой

LCIA 2014); ст. 4 Арбитражного регламента Международной торговой палаты (вступил в силу 01.03.2017, далее – Регламент ICC 2017).

¹² Курс советского гражданского процессуального права: в 2 т. / Под ред. А. А. Мельникова. Т. 1. Теоретические основы правосудия по гражданским делам. М., 1981. С. 433 (автор главы – А. А. Добровольский).

¹³ Гражданское процессуальное право: Учебник / Под ред. М. С. Шакарян. М., 1996. С. 137 (автор главы – И. М. Пятилетов).

¹⁴ Асосков А. В. Указ. соч. С. 81; Cremandes B. M., Madalena I. Parallel Proceedings in International Arbitration // Arbitration International. 2008. Vol. 24. № 4. P. 510; Schaffstein S. The Doctrine of *Res Judicata* Before International Arbitral Tribunals: PHD Thesis / The 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. 44; Kornezov A. *Res Judicata* of National Judgements Incompatible with EU Law: Time for a Major Rethink? // Common Market Law Review. 2014. Vol. 51. P. 815, 818, 826.

¹⁵ См. комментарий А. В. Асоскова к делам, рассмотренным Европейским судом справедливости: *Gubisch Maschinenfabrik KG v. Palumbo*. Case 144/86 // European Court Reports. 1987. P. 4861; *The owners of the cargo lately laden on board the ship "Tatry" v. the owners of the ship "Maciej Rataj"*. Case C-406/92 // European Court Reports. 1994. P. I-5439 (см.: Асосков А. В. Указ. соч. С. 82–83).

процессуальной конструкции, что отражается на характере запрета, вытекающего из правила *res judicata*. В традиционном подходе запрет имеет более широкую сферу применения, так как связан с предотвращением повторного разбирательства. Сторона, участвовавшая в предыдущем разбирательстве, лишена возможности требовать повторного рассмотрения своих процессуальных прав, образованных в результате поглощения и последовавшей за этим утраты материальных прав, которыми она обладала до начала разбирательства в отношении другой стороны. В древнеримском праве замена материальных прав на процессуальные была связана с формулой *litis contestatio*¹⁶, в системе общего права — с доктриной поглощения и запрета (*merger and bar doctrine*)¹⁷. Сфера применения запрета сужается в связи с появлением правила об утрате права на возражение (*estoppel*). Здесь уже пресекательный эффект не распространяется на повторное разбирательство. Стороны утрачивают лишь право на возражение против отдельных вопросов права или факта, установленных в предыдущем разбирательстве (*issue estoppel* в английском праве или *issue preclusion* в американском праве). Вместо «оружия массового поражения», но обусловленного соблюдением необходимых формальностей, заинтересованная сторона получает «высокоточное оружие» избирательного характера, которое не может предотвратить проведение повторного разбирательства в целом, но может лишить другую сторону возможности проигнорировать неблагоприятные для нее выводы, сделанные государственным или третейским судом в предыдущем разбирательстве. Расширение рамок тождественности в отношении сторон связано в первую очередь с существованием такого понятия в системе общего права, как лица, обладающие общим интересом (*privies*), и американской доктрины взаимности (*mutuality*). В первом случае правило *res judicata* распространяет свое действие на сторону, не участвующую в предыдущем разбирательстве, в силу наличия у нее общего интереса с одним из участников, во втором случае — в силу отсутствия какой-либо причины пересматривать вопрос права или факта, установленный в предыдущем разбирательстве¹⁸.

Особое место в либеральном подходе занимает использование заинтересованной стороной довода о злоупотреблении ее оппонентом своими процессуальными правами. Данный довод может не представлять отдельного средства защиты, как, например, в английской судебной практике¹⁹, но в подразумеваемой форме присутствовать в других способах расширительного толкования элементов иска, в частности в запрете на подачу повторного

¹⁶Подробнее см.: Салогубова Е. В. Римский гражданский процесс. М., 1997. С. 35–73; Дождев Д. В. Римское частное право. М., 1996. С. 168–227; Ануров В. Н. Юридическая природа международного коммерческого арбитража. Вопросы теории и практики. М., 2000. С. 22. В западной юридической литературе *litis contestatio* рассматривается как «ограничение всех других персональных требований в отношении того же права, которое действует с начала процесса и во время его продолжения до вынесения судебного решения для того, чтобы вся ответственность ответчика была сконцентрирована на завершении одного иска» (McLachlan C. *Lis Pendens* in International Litigation. Leiden, 2009. P. 50).

¹⁷Schaffstein S. Op. cit. P. 33.

¹⁸Ibid. P. 38.

¹⁹*Hederson v. Hederson* // Hare's Chancery Reports. 1843. Vol. 3. P. 100, 115; *Barrow v. Bankside Members Agency Ltd. and another* // Weekly Law Reports (Court of Appeal). 1996. Vol. 1. P. 257, 260; *Johnson v. Gore Wood & Co* // Appeal Cases. 2002. Vol. 2. P. 1; *Bradford & Bingley Building Society v. Seldon* // Weekly Law Reports (Court of Appeal). 1999. Vol. 1. P. 1482; *Sweetman v. Nathan* // Court of Appeal of England and Wales Decisions (Civil Division). 2003. P. 1115.

иска (claim preclusion), что характерно для применения правила *res judicata* в американском праве²⁰. Хотя правило о недопустимости злоупотребления процессуальными правами иногда называют расширенной доктриной *res judicata* или вообще выводят за рамки ее действия, оно затрагивает не менее важные вопросы, связанные с процессуальным поведением сторон, которые могут стать предметом рассмотрения в последующем разбирательстве. Речь идет о вопросах, не заявленных стороной и вследствие этого не разрешенных в предыдущем разбирательстве, несмотря на то, что сторона обладала возможностью их заявить. Здесь сталкивается публичный интерес в завершенности любого проведенного разбирательства и свобода воли стороны, формирующей тактику и стратегию процессуальной защиты своих материальных прав. Неудивительно, что в таких ситуациях ключевую роль играет усмотрение государственного или третейского суда, так как довольно трудно создавать правила, способные учесть все разнообразие фактических обстоятельств.

Различия между традиционным и либеральным подходами к применению правила *res judicata* не должны оцениваться учеными и практикующими юристами с точки зрения прогрессивного или ретроградного развития права. Несовершенство человеческой природы, проявляющееся в том числе и при вынесении ошибочных решений судьями, может свести на нет любые усилия, направленные на достижение процессуальной эффективности и экономии²¹. В этой связи строгое следование формальным критериям, содержащимся в традиционном представлении о правиле *res judicata*, сужает возможность его применения и, следовательно, признания за несправедливыми решениями преюдициальной силы. Особенно остро данная проблема ощущается, когда встает вопрос о признании и исполнении судебных решений, нарушающих международные договоры или нормативные акты союза государств. Узкая сфера действия правила *res judicata* является одним из механизмов соблюдения договаривающимися государствами своих обязательств и достижения целей унификации материально-правовых норм, так как у наднационального судебного органа появляется возможность пересмотреть и исправить выводы, сделанные национальными государственными судами²². В то же время попытка установить тождественность дел, рассмотренных в нескольких разбирательствах, путем применения ограниченного перечня критериев, например теста тройной идентичности, не учитывает всю многогранность спора между сторонами как в материально-правовом, так и в процессуальном смысле. Поэтому фокус правового анализа должен быть спроецирован не на сферу действия правила *res judicata*, оцениваемую с точки зрения комплексного воздействия всех его элементов, а на выделение только тех вопросов, которые составляют предмет спора.

²⁰ Schaffstein S. Op. cit. P. 34.

²¹ Как отмечает А. Корнезов (A. Kornezov), правило «*res judicata* никогда не рассматривалось как абсолютный принцип. Все, к чему стремится право, — это отправление правосудия. Сохранение плохих судебных решений любой ценой является чем угодно, но не отправлением правосудия». Цит по: Kornezov E. Op cit. P. 842.

²² Изучая вопрос о применении правила *res judicata* к судебным решениям, несовместимым с правом Европейского союза (далее — ЕС), А. Корнезов приходит к выводу о том, что нарушения права ЕС можно устранить путем установление строгих границ для сферы действия правила *res judicata*. Ibid. P. 841.

Правовая природа правила *res judicata*

Знание особенностей описанных выше подходов не будет иметь практическую ценность для арбитров, если открытым остается вопрос о допустимости применения правила *res judicata* в арбитраже. Несмотря на признание этого правила в качестве общеизвестной нормы или установившегося принципа международного права, нельзя игнорировать различную отраслевую принадлежность рассматриваемых явлений. Правило *res judicata* имеет процессуальный характер²³, а предпосылки создания арбитража лежат в частноправовой области.

Как было отмечено ранее, недопустимость рассмотрения однажды разрешенного спора основана на завершенности разбирательства, в рамках которого этот спор был разрешен. Однако завершенность судебного процесса не означает невозможность пересмотра судебного решения по существу. Судебные решения могут быть пересмотрены в вышестоящих инстанциях при условии соблюдения заинтересованной стороной всех требований, предъявляемых на соответствующей стадии судебного пересмотра: в апелляционной, кассационной инстанции, в порядке надзора или по вновь открывшимся обстоятельствам. Таким образом, завершенность судебного процесса совпадает по времени с моментом, когда судебное решение вступает в законную силу. Оно приобретает свойства (в числе других) неопровержимости, обязательности и преюдициальности²⁴. Существование права у заинтересованной стороны добиться пересмотра судебного решения, вступившего в законную силу, в вышестоящих инстанциях не должно ущемлять право ее процессуально оппонента применить правило *res judicata* в последующих разбирательствах. Также не следует связывать появление свойства преюдициальности у иностранного судебного решения с выдачей экзекватуры местным государственным судом, подтверждающей признание и возможность приведения решения в исполнение на территории, на которую распространяется юрисдикция этого суда. Было бы несправедливым требовать от стороны, собирающейся использовать преюдициальность ранее вынесенного решения в последующих разбирательствах, возбуждения отдельного судебного процесса о признании данного решения в каждой стране, где могут проходить последующие разбирательства. Если они начинаются по инициативе стороны, выступающей против применения правила *res judicata*, у стороны, преследующей противоположную цель, отсутствует возможность заранее определить время и место предъявления против нее будущих исков. Тем самым у первой стороны возникает процессуальное преимущество, поскольку вторая всегда будет опаздывать с подачей ходатайства о признании и приведении в исполнение ранее вынесенного решения. Кроме того, эта сторона вообще может быть не заинтересована в подаче вышеназванного ходатайства, если

²³ В Промежуточном отчете о *res judicata* и арбитраже, подготовленном председателем Комитета по международному коммерческому арбитражу Ф. де Ли и докладчиком А. Шеппардом по результатам заседаний Комитета, проходивших с 2002 по 2004 г. (далее — Промежуточный отчет о *res judicata* и арбитраже 2006 г.), правило *res judicata* рассматривается как часть процессуального права (ILA Interim Report on *Res Judicata* and Arbitration, Berlin Conference in August 2004 (Interim Report on *Res Judicata* and Arbitration 2004) // Arbitration International. 2009. Vol. 25. № 1. P. 65).

²⁴ Гражданское процессуальное право... С. 216 (автор главы — Р. Е. Гукасян).

государственный суд не присудил ей какую-либо денежную компенсацию или не предписал совершить в ее пользу какие-либо действия юридического характера.

В арбитраже используется другая терминология для описания завершенности арбитражного разбирательства. Принятие арбитрами окончательного решения по существу спора является достаточным условием для констатации факта о прекращении арбитража как альтернативного способа разрешения споров. Национальное право и регламенты арбитражных институтов могут по-разному определять момент, который связан с совершением арбитрами или арбитражным учреждением необходимых действий, позволяющих признавать наступление данного события²⁵. Однако в соответствии с общим представлением об арбитраже все эти действия не подразумевают возможность пересмотра арбитражного решения, когда вышестоящий орган вправе пересмотреть выводы арбитров по существу дела и вынести новое решение, как это предусмотрено на стадии апелляционного обжалования судебного решения (ст. 269 АПК РФ). Существующие механизмы отмены арбитражного решения в рамках международных договоров, национального законодательства об арбитраже направлены на лишение арбитражного решения его обязательности для спорящих сторон — свойства, которое оно приобретает в момент совершения арбитрами или арбитражным учреждением всех необходимых действий с точки зрения применимого права и требований арбитражного соглашения, включая регламент арбитражного института. Таким образом, арбитражное решение не вступает в законную силу с момента его принятия (в силу того, что данный термин неприменим к арбитражу), а становится обязательным для сторон, участвующих в арбитражном разбирательстве²⁶. Обретение данного свойства не обусловлено отказом проигравшей стороны использовать свое право на апелляционное обжалование, истечением срока, в течение которого это право могло быть реализовано, или отказом апелляционной инстанции в удовлетворении апелляционной жалобы, как в случае с вынесением судебного решения (ч. 1 ст. 180 АПК РФ). Что же касается других свойств: непровержимости и преюдициальности, — то они появляются у арбитражного решения не сразу, не в момент его вынесения, а после предоставления государственному суду, выполняющему контрольно-надзорные функции в отношении проведенного арбитражного разбирательства, возможности осуществить свое вмешательство.

²⁵ При определении даты вынесения арбитражного решения Международная торговая палата предлагает руководствоваться датой, указанной в самом решении (ст. 32 (3) Регламента ICC 2017). Торговая палата Стокгольма и Лондонский международный третейский суд ограничиваются положением об окончательности и обязательности арбитражного решения для сторон (ст. 46 Регламента SCC 2017 и ст. 26.8 Регламента LCIA 2014 соответственно). Международный центр по урегулированию инвестиционных споров считает арбитражное решение вынесенным с момента отправления заверенных копий арбитражного решения сторонам (ст. 49 (1) Вашингтонской конвенции 1965 г. об урегулировании инвестиционных споров между государствами и лицами других государств).

²⁶ Как отмечают Б. Кремандес и И. Мадалена, «...англосаксонские системы общего права не содержат ссылки на *res judicata*, а указывают на окончательную и обязывающую природу арбитражного решения, хотя арбитражные решения в этих юрисдикциях обладают эффектом, приравненным к силе *res judicata* путем обращения к такой теории, как утрата права на возражение (*estoppel*). Не содержит ссылки на *res judicata* и статья 35 (1) Модельного закона [Типового закона ЮНСИТРАЛ 1985 г. — В. А.] при описании эффекта арбитражного решения, только на его обязывающую природу». Цит. по: Cremandes B. M., Madalena I. Op. cit. P. 520.

Национальный третейский суд, рассматривающий коммерческий спор, не осуществляет свою деятельность в правовом вакууме, а подчиняется юрисдикции государственного суда, находящегося в стране проведения арбитража²⁷. Таким образом, нельзя исключить возможность судебного вмешательства путем отмены арбитражного решения в стране его вынесения и, следовательно, избежать отсрочки в наделении этого решения свойствами неопровержимости и преюдициальности. Данная отсрочка необходима, так как заинтересованной стороне должно быть предоставлено право устранить явную несправедливость, несмотря на завершение разбирательства. Национальный правовой порядок всегда должен иметь механизм проверки решений, вынесенных на его территории государственным или третейским судом. Характер проверки может различаться в зависимости от целей, поставленных перед контролирующим органом, и объема его полномочий. Если суд апелляционной инстанции проверяет законность и обоснованность решения суда первой инстанции с точки зрения правильной оценки доказательств и правильного применения норм материального и процессуального права (ст. 270 АПК РФ), то проверка арбитражного решения ограничивается соблюдением исчерпывающего перечня условий, среди которых главное место занимают процессуальные требования к проведению арбитражного разбирательства (ст. 233 АПК РФ). Однако в любом случае целесообразность такой проверки не вызывает сомнений, поскольку она иногда является последним средством для заинтересованной стороны защитить свои интересы. Поэтому для наделения арбитражного решения свойствами неопровержимости и преюдициальности допустимо применить аналогию вступления судебного решения в законную силу с учетом внесения обязательных поправок, продиктованных особой природой арбитража. В результате применения такой аналогии можно прийти к следующему выводу: арбитражное решение становится неопровержимым и преюдициальным в случае отказа проигравшей стороны использовать свое право на обращение в государственный суд с ходатайством об отмене арбитражного решения, истечения срока, в течение которого это право могло быть реализовано, или отказа государственного суда в удовлетворении данного ходатайства²⁸. Введение дополнительного условия

²⁷ К. Содерлунд (С. Soderlund) считает, что у арбитров нет полномочия проверять законность вынесения их коллегами арбитражного решения в другом арбитражном разбирательстве, так как «только надзорный суд, т. е. государственный суд, обладающий локальной юрисдикцией в месте арбитража, определяет судьбу арбитражного решения. Никакой другой суд, ни местный, ни иностранный и ни арбитражный трибунал, не может вынести решение о действительности арбитражного решения». Цит. по: Soderlund C. *Lis Pendens, Res Judicata and the Issue of Parallel Judicial Proceedings* // Journal of International Arbitration. 2005. Vol. 22. № 4. P. 310.

²⁸ В Рекомендациях о *lis pendens* и *res judicata* и арбитраже, составленных Ф. де Ли и А. Шеппардом по результатам подготовки соответствующих двух отчетов на 72-й конференции Ассоциации международного права в 2006 г. (далее — Рекомендации о *lis pendens* и *res judicata* и арбитраже 2006 г.) Комитет по международному коммерческому арбитражу не определил момент, когда арбитражное решение становится преюдициальным. Однако Ф. де Ли и А. Шеппард сделали следующие комментарии в Окончательном отчете о *res judicata* и арбитраже 2006 г.: «Хотя арбитражные решения могут создавать эффект *res judicata* между сторонами, когда арбитражное решение вынесено, отправлено сторонам или получено ими или в такой момент, который означает, что против арбитражного решения не могут быть предприняты меры судебной защиты (в зависимости от применимого права), Рекомендации [о *lis pendens* и *res judicata* и арбитраже 2006 г.] исходят из того, что арбитражное решение не может быть больше оспорено во внутрисударственных судах по месту арбитража. Это означает, что Рекомендации [о *lis pendens* и *res judicata* и арбитраже 2006 г.] применяются тогда, когда

о необходимости получения экзекватуры (признания и приведения в исполнение арбитражного решения на территории какого-либо государства) представляется излишним²⁹. На заинтересованную сторону ложится обязанность провести розыск активов должника и в случае успеха подать соответствующее ходатайство в компетентный государственный суд. Если активы не будут найдены или по каким-то причинам заинтересованная сторона откажется от реализации своего права на исполнение арбитражного решения, оно не обретет свойства преюдициальности, и эта сторона не сможет сослаться на него в других разбирательствах, которые могут быть начаты ее процессуальным оппонентом. Такое развитие событий не только нарушает интересы добросовестной стороны, но и подрывает эффективность арбитража как способа разрешения споров.

Также необходимо иметь в виду, что национальное право может предоставить сторонам арбитражного соглашения право исключить возможность отмены арбитражного решения государственным судом³⁰. В этом случае арбитражное решение обретает свойства неопровержимости и преюдициальности одновременно с признанием его обязательным для сторон, участвующих в арбитражном разбирательстве.

Все перечисленные условия применимы в отношении арбитражного решения, вынесенного национальным третейским судом при рассмотрении им коммерческого спора. Мандат арбитров, полученный ими от сторон арбитражного соглашения, не исключает судебное вмешательство, которое может быть осуществлено государственным судом на территории, подпадающей под его юрисдикцию и являющейся местом проведения арбитражного разбирательства. В то же время опасность отмены арбитражного решения государственным судом не возникает в случае вынесения арбитражного решения наднациональными третейскими судами, образованными под эгидой арбитражного института или в качестве арбитража *ad hoc* на основании международного договора, если в нем не предусмотрены специальные процедуры по отмене арбитражного решения. Деятельность таких третейских судов не может быть предметом вмешательства со стороны какого-либо национального государственного суда, поскольку выходит за рамки отдельного государства, на территории которого проходит арбитражное разбирательство и выносится арбитражное решение³¹. Отсутствие в международном договоре положений, предусматривающих возможность отмены арбитражного

арбитражные решения стали окончательными и обязательными в месте арбитража (т. е. не может быть подано заявление об оспаривании таких решений или в удовлетворении такого заявления было отказано окончательным решением внутригосударственного суда по месту арбитража». Цит. по: Final Report on *Res Judicata* and Arbitration 2006. Par. 31.

²⁹ Президиум ВАС РФ прямо указал в своем Постановлении от 03.04.2007, что «в тех случаях, когда закон связывает с вступлением решения суда в законную силу наступление юридически значимых последствий, в том числе обеспечение принудительного исполнения, такая сила может быть придана решению третейского суда и международного коммерческого арбитража посредством процедуры их признания и приведения в исполнение». См.: Постановление Президиума ВАС РФ от 03.04.2007 № 14715/06 // СПС «КонсультантПлюс».

³⁰ См.: ст. 40 Федерального закона от 29.12.2015 № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» (далее — Закон об арбитраже 2015 г.).

³¹ В деле *Helnan v. Egypt* арбитражный трибунал указал на существование различных правопорядков как на основание для отказа в применении правила *res judicata*. По мнению арбитров, решение «национального суда или частного арбитражного трибунала не может быть противопоставлено с точки зрения *res judicata* при решении международным арбитражным трибу-

решения, что является характерным признаком создания межгосударственного арбитража *ad hoc*, вообще позволяет не учитывать временной критерий при наделении арбитражного решения свойствами неопровержимости и преюдициальности.

Приведенные ранее доводы позволяют согласиться с допустимостью применения правила *res judicata* в арбитраже, но с обязательной оговоркой о модификации этого правила с учетом особой правовой природы арбитражного решения. Завершенность арбитражного разбирательства в отличие от судебного процесса не связана с моментом, когда решение по существу спора обретает свойство обязательности для сторон в силу завершения стадии апелляционного обжалования, а предполагает утрату для заинтересованной стороны права требовать отмены арбитражного решения. Утрата этого права может возникнуть в момент вынесения арбитражного решения, после завершения процедуры оспаривания или после истечения времени для такого оспаривания. Наступление перечисленных событий зависит от принципа автономии воли сторон (путем заключения сторонами соглашения об окончательности арбитражного решения), национального права (путем установления процедуры отмены арбитражного решения) и наднационального характера арбитража, не подпадающего под юрисдикцию отдельных государств и обладающего правом установить собственный механизм отмены арбитражных решений.

Теоретическое обоснование права заинтересованной стороны ссылаться на правило *res judicata* в арбитражном разбирательстве еще не означает обязанность третейского суда согласиться с такой позицией и учитывать преюдициальность ранее вынесенного решения при рассмотрении им спора по существу заявленных требований. Для всестороннего исследования любого процессуального правила необходимо определить, результатом чьей процессуальной активности оно может являться, какова степень его обязательности для судьи и возможны ли отступления от соблюдения этого правила исходя из усмотрения судьи, договоренностей или поведения участников разбирательства. Постановка всех перечисленных вопросов также необходима в арбитражном разбирательстве, если третейский суд или спорящие стороны обладают информацией о ранее проведенном разбирательстве в государственном или другом третейском суде.

В юридическом сообществе существует общепринятая точка зрения, согласно которой правило *res judicata* имеет процессуальную природу³². Решение о его применении относится к компетенции государственного или третейского суда в рамках проводимого им разбирательства. Спорящие стороны не обладают такими полномочиями, поскольку признание преюдициальности ранее вынесенного решения оказывает прямое влияние на разрешение спора по существу, что является прерогативой судьи и исключает какое-либо вмешательство других лиц.

В отличие от судебного процесса процессуальные отношения, складывающиеся между участниками арбитражного разбирательства, лежат в области не публичного, а частного права. Вследствие этого правило *res judicata* может

налом вопроса о допустимости иска» (*Helnan International Hotels A/S v. The Arab Republic of Egypt*. ICSID case № ARB/05/19. Award. July 3, 2008 (*Helnan v. Egypt* (Award)). P. 125).

³² Interim Report on Res Judicata and Arbitration 2004. P. 50, 65; Soderlund C. Op. cit. P. 301.

состоять не только из императивных предписаний национального процессуального права, но и из результата договоренности сторон в силу того, что создание арбитража обусловлено заключением арбитражного соглашения. Стороны вправе самостоятельно определить порядок проведения арбитражного разбирательства, в том числе применения правила *res judicata*³³. Если они по каким-либо причинам выразили взаимную волю о том, что преюдициальность ранее вынесенных решений не должна влиять на результат разрешения спора, третейский суд обязан следовать этому указанию при вынесении арбитражного решения под страхом его отмены или отказа в признании и приведении его в исполнение³⁴.

Предоставление сторонам арбитражного соглашения возможности самостоятельно определять порядок проведения арбитражного разбирательства ставит под сомнение возникновение у третейского суда обязанности соблюдать императивные предписания применимого права, регулирующие порядок применения правила *res judicata* при любых обстоятельствах. Степень императивности может варьироваться в зависимости от сложившихся в национальном правовом порядке традиций и правовой культуры. Правило *res judicata* может представлять особую важность для национальной правовой системы, вследствие чего ему присваивается наивысшая степень императивности с точки зрения национального права — включение в публичный порядок. Менее строгий характер императивных предписаний проявляется в передаче инициативы по рассмотрению вопроса о преюдициальности ранее вынесенного решения от заинтересованной стороны к судье.

Как правило, правовое регулирование судебного процесса предоставляет всем его участникам четко определенные модели их процессуального поведения в случае возникновения необходимости в применении правила *res judicata*. Национальное процессуальное законодательство и судебная практика обычно содержат достаточные указания, как распределяются права и обязанности участников судебного процесса и кому принадлежит инициатива совершения того или иного процессуального действия. Иная ситуация складывается в арбитражном разбирательстве. Национальное законодательство об арбитраже и регламенты арбитражных институтов редко уделяют большое внимание описанию процессуальных вопросов, возникающих в ходе проведения арбитражного разбирательства, предоставляя право арбитрам самим устанавливать необходимые правила и ограничиваясь лишь общими принципами. Не являются исключением и правила, предусматривающие основные виды судебного вмешательства в арбитраж: порядок отмены, признания и исполнения арбитражных решений. Установление факта повторного разбирательства является основанием для отказа в признании и приведении в исполнение только решения иностранного суда³⁵. Данное

³³ Schaffstein S. Op. cit. P. 198.

³⁴ См.: п. 1 (d) ст. 9 Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже 1961 г. (далее — Европейская конвенция 1961 г.); п. 1 (d) ст. 5 Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г. (далее — Нью-Йоркская конвенция 1958 г.)

³⁵ В соответствии с п. 4 ч. 1 ст. 244 АПК РФ арбитражный суд отказывает в признании и приведении в исполнение решения иностранного суда полностью или в части в случае, если имеется вступившее в законную силу решение суда в Российской Федерации, принятое по спору между теми же лицами, о том же предмете и по тем же основаниям.

основание нельзя найти в нормах, регулирующих порядок отмены решений третейских судов и международных коммерческих арбитражей, признания и исполнения иностранных арбитражных решений как на внутрисударственном (ст. 233, ч. 3 ст. 244 АПК РФ), так и на международном уровне³⁶.

Помимо правовых источников следует обратить внимание на некоторые принципы функционирования арбитража, затрудняющие безусловное, автоматическое применение императивных норм процессуального права в арбитражном разбирательстве. Во-первых, уже давно сформировалось и поддерживается большинством национальных правовых систем общее представление о том, что арбитражное решение не может быть пересмотрено государственным судом по существу спора. Обращение к правилу *res judicata* подразумевает определенное ограничение арбитра в оценке фактов и обстоятельств дела, так как он должен учитывать преюдициальность ранее вынесенного решения. Отсутствие в теории и законодательстве об арбитраже возможности для государственного суда осуществить свое вмешательство путем пересмотра арбитражного решения свидетельствует об отсутствии публичного интереса в проверке результата, к которому приводит применение третейским судом правила *res judicata*. Во-вторых, целью данного правила является не достижение справедливости в каждом конкретном деле, а поддержание стабильности правопорядка, укрепление доверия спорящих сторон к органам правосудия путем сокращения, а в идеальном случае исключения случаев вынесения противоречивых судебных решений³⁷. Обретение третейскими судами вышеперечисленных свойств не входит в заботу национальных законодателей или государственных судов. В-третьих, правило *res judicata* не относится к основополагающим процессуальным принципам, формирующим представление о процессуальной справедливости, к которой должен стремиться любой арбитр при разрешении спора. Очевидно, что нарушение паритета между спорящими сторонами в выражении своей позиции по делу или проведение арбитражного разбирательства без надлежащего уведомления одной из них не позволяет говорить об эффективном выполнении мандата, полученного третейским судом от сторон. Ошибка, допущенная им при рассмотрении вопроса о преюдициальности ранее вынесенного решения, может оказать негативное влияние на решение по существу спора, но не является процессуальным нарушением с точки зрения порядка проведения арбитражного разбирательства. Поэтому применение арбитрами или их отказ от применения правила *res judicata* выходит за рамки публичных интересов, соблюдение которых составляет предмет проверки арбитражных решений, проводимой государственными

³⁶ См.: ст. 9 Европейской конвенции 1961 г.; ст. 5 Нью-Йоркской конвенции 1958 г.

³⁷ Отсутствие в правиле *res judicata* публичных интересов обосновывается, по мнению С. Шаффштейн, частноправовым характером данного правила: «Факт того, что стороны по общему правилу несут бремя проведения множественных арбитражных разбирательств, поддерживает довод о том, что *res judicata* является частным правом. Публичный интерес государства сводится к тому, чтобы избежать несение расходов и потери времени, связанных с вспомогательными и надзорными полномочиями местных судов. Стороны — не государство — по общему правилу испытывают неудобство от проведения множественных арбитражных разбирательств. Если стороны готовы платить за разрешение спора, который был уже разрешен другим государственным или третейским судом, не может возникнуть какого-либо основания помешать им сделать это». Цит. по: Schaffstein S. Op. cit. P. 198.

судами при выполнении ими контрольно-надзорных функций в отношении арбитража³⁸. Таким образом, хотя бы на теоретическом уровне существуют веские доводы против придания данному правилу императивного характера в арбитражном разбирательстве. Правда, существование в юридическом сообществе преобладающей точки зрения не исключает случаи, когда она может быть отвергнута правопорядком отдельного государства. Следовательно, возможны ситуации, когда национальная правовая доктрина или судебная практика наделяет правило *res judicata* высшей степенью императивности, присущей таким институтам международного частного права, как публичный порядок³⁹ и нормы непосредственного применения. Обращение к любому из этих двух институтов свидетельствует о том, что соблюдению преюдициальности ранее вынесенного решения придается особое значение для защиты публичных интересов. Третейский суд, проводящий арбитражное разбирательство на территории одного из таких государств, не может игнорировать особенности правового регулирования, основанные на выше-названном подходе, под страхом отмены арбитражного решения⁴⁰. Если арбитры учитывают эти особенности при вынесении своего решения, они тем самым признают императивность правила *res judicata*.

Описанный сценарий редко находит свое отражение в современном мире, так как законодательства большинства стран не содержат четко выраженной нормы, посвященной проблемам преюдициальности в арбитражном разбирательстве, а судебные решения, вынесенные национальными государственными судами, носят эпизодический характер и направлены на устранение спорных вопросов в конкретном деле, а не на формирование единого подхода. В этой связи следует обратить внимание на существование еще одной возможности для применения правила *res judicata*. Здесь оно уже не носит императивного характера, поскольку не рассматривается национальным правом в качестве неотъемлемой части публичного порядка или нормы непосредственного применения. Арбитр, будучи свободен в выборе способов

³⁸ По мнению К. Хобера, применение правила *res judicata* вообще может выходить за рамки полномочий арбитров: «При условии соблюдения установленных требований международного публичного порядка арбитры не имеют обязанностей и не уполномочены предпринимать меры в интересах других лиц, а не только сторон рассматриваемого арбитража, даже если такие меры явно способствуют разумному разрешению, с точки зрения общего представления о праве, проблем, которые могут возникнуть вследствие проведения параллельных или множественных разбирательств... Поэтому при обсуждении вариантов, доступных для арбитров, и обязанностей арбитров принять меры во избежание нежелательных последствий от параллельных или множественных разбирательств необходимо всегда принимать во внимание [это ограничение] полномочий арбитров». Цит. по: Hober K. Parallel arbitration proceedings — Duties of the arbitrators // Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration: Dossiers / ICC Institute of World Business Law. Ed by. B. M. Cremandes, J. D. Lew. ICC Publishing, 2005. P. 250.

³⁹ Нарушение правила *res judicata* может рассматриваться как нарушение публичного порядка во Франции, если будет установлен факт несовместимости арбитражного решения с другим арбитражным или судебным решением. В Швейцарии нарушение данного правила третейским судом, проводившим арбитражное разбирательство на территории Швейцарии, является нарушением швейцарского процессуального публичного порядка, что приводит к отмене арбитражного решения (См.: ст. 1502 (5) Гражданского процессуального кодекса Франции; ст. 190 (2) (b), (e) Закона о международном частном праве Швейцарии; Schaffstein S. Op. cit. P. 127, 130–131).

⁴⁰ Реальность такой опасности может быть подтверждена рядом судебных решений, вынесенных на территории Франции, США и Швейцарии (См.: Born G. International Commercial Arbitration. The Netherlands, 2009. Vol. 2. P. 2916).

проведения арбитражного разбирательства, может сам распространить на арбитраж некоторые принципы судебного процесса, если придет к выводу, что они совместимы с правовой природой арбитража. Правило *res judicata* имеет многовековую историю и обладает общепризнанным авторитетом в юридическом сообществе, вследствие чего отсутствуют какие-либо разумные доводы против применения его не только в судебном процессе, но и в арбитражном разбирательстве. Более того, стороны обычно ожидают от арбитров, что они будут руководствоваться нормами права при разрешении всех спорных вопросов как материально-правового, так и процессуально-правового характера⁴¹. Проведение арбитража в качестве дружеских посредников (*amiable compositeur*) или по праву справедливости (*ex aequo et bono*) обусловлено достижением сторонами явно выраженного согласия⁴². Необоснованный отказ от применения правила *res judicata* свидетельствует о нарушении арбитрами своего мандата, полученного от сторон арбитражного соглашения, если он основан на рассмотренной выше презумпции о проведении арбитража на основе норм права. Даже отсутствие в национальном законодательстве об арбитраже нормативного закрепления правила *res judicata* не позволяет третейскому суду игнорировать другие правовые источники, в которых содержится четкое правовое регулирование вопросов, связанных с преюдициальностью ранее вынесенного решения. Одним из таких источников является национальный процессуальный кодекс. Очевидно, что не все процессуальные нормы, предусмотренные в нем, совместимы с правовой природой арбитража. Однако правило *res judicata* принадлежит к тем принципам судебного процесса, которые могут и должны быть применены третейским судом по аналогии к арбитражному разбирательству, если стороны прямо не исключили такую возможность в арбитражном соглашении и арбитры отдают приоритет правовому подходу при решении процессуальных вопросов. Аналогия закона и аналогия права, предусмотренные как в материальном, так и в процессуальном праве, восполняют пробелы в законодательстве и служат своеобразным барьером на пути недобросовестных арбитров, предпочитающих не проводить правовой анализ спорных вопросов, а воспользоваться правом усмотрения и решить правовую проблему исходя из субъективных представлений о справедливости.

Коллизионное регулирование правила *res judicata*

Выражение третейским судом своей готовности рассмотреть вопрос о преюдициальности ранее вынесенного решения недостаточно. Неминуемо возникают сложности, связанные с определением момента, когда судебное или арбитражное решение обретает свойство преюдициальности, со сферой действия правила *res judicata* и обнаружением тождества между спорящими сторонами, предметом и основанием исков. Разнообразие подходов к решению данных вопросов, которое легко устанавливается в результате

⁴¹ Как пишет С. Шаффштейн, «стороны, выбирая международный коммерческий арбитраж, как правило, не хотят, чтобы их судили по-другому, чем в судебном процессе, в особенности, когда это касается применения неправых принципов, основанных на морали и справедливости. Они ожидают, что их будут судить с применением схожих правовых стандартов, хотя и в другой окружающей правовой обстановке». Цит. по: Schaffstein S. Op. cit. P. 205.

⁴² См.: ст. 7 (2) Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже 1961 г.

сравнительного анализа национальных правовых систем, не позволяет арбитрам руководствоваться единым набором правил, разработанных на основе какой-либо доктрины или внутривнутригосударственного законодательства. Поэтому, перед тем как приступить к применению правила *res judicata* в трансграничном споре, арбитрам необходимо решить коллизионную проблему. Обязательным условием для ее успешного решения является установление спорного вопроса в правоотношениях, возникших между сторонами по поводу преюдициальности ранее вынесенного решения. Очевидно, что невозможно проанализировать все возможные поведенческие модели, но представляется полезным выделить категории случаев, часто встречающихся в арбитражной практике и требующих от арбитров обращения к коллизионному праву. Одной из таких категорий является применение правила *res judicata* во времени, а именно констатация завершенности разбирательства и наделение в связи с этим ранее вынесенного решения свойством преюдициальности. В качестве следующей категории выступает сфера действия правила *res judicata*, которая может быть, в свою очередь, разделена на отдельные группы вопросов, составляющих предмет разногласий между спорящими сторонами, в зависимости от того, какой критерий положен в основу классификации.

В большинстве случаев обращение заинтересованной стороны к правилу *res judicata* происходит в отношении выводов судьи, сделанных им по существу дела. Именно с ними связана главная цель проведения разбирательства. Именно их появление завершает исследование судьей вопросов факта и права. Доводы сторон, приведенные ими в процессуальных документах и на устных слушаниях, утрачивают свою актуальность в рамках проведенного разбирательства и поглощаются выводами судьи, который ставит окончательную точку в разногласиях сторон.

Выводы судьи, не направленные на разрешение дела по существу, завершают лишь отдельный этап разбирательства. Они предназначены для решения узких задач. К примеру, признание или отказ в признании компетенции третейского суда могут затрагивать вопросы, связанные с действительностью арбитражного соглашения или совершением истцом всех необходимых действий для признания иска допустимым. Наложение или отказ в наложении обеспечительных мер связаны с оценкой сложившихся фактических обстоятельств на момент принятия решения, которые могут измениться в ходе продолжения разбирательства. Определение процессуальных прав и обязанностей спорящих сторон, порядка совершаемых ими процессуальных действий (предоставления доказательств, продолжительности и последовательности выступлений представителей сторон в устных слушаниях и др.) вообще не связано с разрешением дела по существу⁴³. Поэтому выводы арбитров, сделанные ими по вышеназванным вопросам, не должны иметь универсального характера, т. е. распространяться на последующие разбирательства. В то же время было бы несправедливым позволить арбитрам изменить собственную позицию, если это не вызвано представлением новых доказательств или возникновением новых фактических обстоятельств,

⁴³ С. Шаффстейн считает, что решения, вынесенные судом по процессуальным вопросам, не приобретают эффект *res judicata*, поскольку не являются решениями по существу дела (См.: Schaffstein S. Op. cit. Par. 159. P. 51).

не учтенных при вынесении первоначального решения⁴⁴. Таким образом, действие правила *res judicata* может быть ограничено рамками текущего разбирательства, а может распространяться на последующие разбирательства, что в наибольшей степени соответствует целям преюдициальности как свойства ранее вынесенного решения. Интересно отметить, что ограничение в данном случае обусловлено расширением перечня процессуальных актов, подпадающих под сферу действия рассматриваемого правила, поскольку они содержат выводы, прямо не направленные на разрешение дела по существу, но тесно с ним связанные⁴⁵. В этой связи постановка коллизийной проблемы остается актуальной, так как даже при внешнем сходстве нормативного регулирования нельзя исключить существование в национальных правовых порядках различных критериев, выработанных судебной практикой, способствующих распространению преюдициальности на упомянутые выводы. Используя один и тот же юридический инструментарий, судьи могут следовать строгому соблюдению формальностей, традиционно характерному процессуальным отношениям, или допускать значительную степень либерализма, ставя на первое место достижение материально-правовой справедливости.

Противостояние этих двух подходов отражается не только в содержании правила *res judicata*, но и во внешних формах его проявления, объединенных одним процессуальным актом, который знаменует собой завершение отдельного этапа или всего разбирательства в целом. Необходимым атрибутом данного процессуального акта является наличие выводов, сделанных судом по существу дела. Они могут быть обнаружены не только в окончательном, но и в промежуточном или частичном арбитражном решении. Для придания им обязывающего и преюдициального характера не обязательно дожидаться завершения разбирательства. Достаточно выполнить условия, необходимые для установления факта завершенности разбирательства, в отношении процессуального акта, содержащего выводы по существу дела. Применительно к судебному акту данным условием является его вступление в силу. Что же касается решения третейского суда, то здесь, как было сказано ранее, следует учитывать ряд факторов: начиная с утраты заинтересованной стороной своего права на оспаривание вынесенного решения и заканчивая немедленным появлением у данного решения свойства преюдициальности в случае достижения сторонами соответствующего соглашения⁴⁶, а также особенности

⁴⁴ О соблюдении данного требования С. Шаффштейн упоминает в связи с вынесением государственным судьей промежуточного решения (*interlocutory decision*) о назначении экспертов или временного распоряжения (*interim order*) (См.: *Schaffstein S. Op. cit. Par. 124. P 41*).

⁴⁵ В качестве примера С. Шаффштейн ссылается на вынесение третейским судом решения о признании своей юрисдикции, которое может затрагивать рассмотрение вопросов по существу дела. В этом случае выводы арбитров могут иметь преюдициальность в рамках текущего арбитражного разбирательства (*Ibid. Par. 257. P. 79–80*).

⁴⁶ В деле *СМЕ v. The Czech Republic* арбитражный трибунал пришел к выводу, что частичное решение, вынесенное им ранее по спору между теми же сторонами, носит обязывающий характер и не может быть им пересмотрено. В качестве правового обоснования своей позиции арбитры сослались на ст. 8 (7) Соглашения о поощрении и взаимной защите инвестиций между Королевством Нидерланды, Чешской Республикой и Словацкой Республикой 1991 г., ст. 32 (2) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ 1976 г., предусматривающие окончательный и обязывающий характер арбитражных решений. Кроме того, арбитры подчеркнули, что вышеназванные источники не предусматривают какого-либо механизма обжалования или пересмотра арбитражных решений, за исключением подачи ходатайства об исправлении или толкова-

внутригосударственного законодательства об арбитраже или международного договора, придающие арбитражу наднациональный характер.

В сложных трансграничных спорах суд сталкивается с необходимостью провести глубокий правовой анализ доказательств, представленных спорящими сторонами, их позиций по толкованию правовых источников и обоснованности их ссылок на предыдущие решения, способствующие обнаружению сложившейся практики по разрешению споров со схожими фактическими и юридическими обстоятельствами. Правило *res judicata* потеряло бы свою эффективность, если бы распространялось на все доводы, приведенные судом для обоснования своего решения. Свойством преюдициальности наделяются лишь те выводы, которые выражены в законченной форме, основаны на оценке вопроса права или факта и указывают на правовые последствия, влияющие на разрешение дела по существу. Обычно такие выводы содержатся в резолютивной части решения.

Расширительное толкование правила *res judicata* допускает его распространение и на мотивы, которым руководствовался суд при формулировании выводов по существу дела. Мотивы играют вспомогательную роль при уяснении позиции суда по спорному вопросу. К ним обращаются, когда для заинтересованной стороны остается неясным содержание резолютивной части решения и требуется проследить ход размышлений суда, изложенный в других частях решения. Однако не на все мотивы можно распространить действие правила *res judicata*, а только на те, которые составляют неотъемлемую основу вывода по существу дела. Мотивы, объясняющие позицию суда по спорным вопросам, не приобретают свойство преюдициальности, если последние не входят в резолютивную часть решения. Разделение мотивов на эти две группы представляет собой трудную задачу, так как всегда присутствует субъективный элемент в определении значения того или иного суждения для разрешения дела по существу. Некоторые национальные правовые порядки сохраняют приверженность формальному подходу и исключают любые мотивы из сферы действия правила *res judicata*. Другие допускают его расширительное толкование, но даже в них могут существовать различные походы к оценке мотивов с точки зрения их влияния на формулирование выводов по существу дела, в связи с чем остается актуальной постановка коллизийной проблемы.

В современном мире большой популярностью пользуется подход, основанный на применении так называемых транснациональных правил *res judicata*. Увеличение числа руководств и рекомендаций по вопросам международного арбитража, разрабатываемых международными организациями, а также количества арбитров и практикующих юристов, посвятивших свою профессиональную деятельность разрешению международных споров, дает основания некоторым ученым говорить о появлении нового правового феномена — арбитражного правового порядка⁴⁷. Его привлекательность заключается не только в снятии коллизийной проблемы, но и в необходимости для участников арбитражного разбирательства обращаться к национальным

нии в 30-дневный срок или ходатайства об обжаловании в шведские суды в пределах Нью-Йоркской конвенции 1958 г. (*CME Czech Republic B. V. (The Netherlands) v. The Czech Republic*. UNCITRAL. Final Award. March 14, 2003 (*CME v. Czech Republic*. Final Award). Par. 424, 425).

⁴⁷ См.: Galliard E. *Legal Theory of International Arbitration*. Leiden, 2010. P. 57.

нормам права. Главным же недостатком рассматриваемого феномена является отступление от традиционных правовых представлений о юридической силе правовых источников, составляющих основу любого правопорядка. Транснациональные правила носят не обязательный, а рекомендательный характер, что сохраняет за участниками арбитражного разбирательства право отказаться от их применения и тем самым добровольно вывести себя за пределы действия арбитражного правопорядка. Транснациональные правила *res judicata* не являются исключением. Обычно они формулируются как рекомендации, адресованные арбитрам, а для других субъектов права, в частности для государственных судов, представляют собой доводы, имеющие высокую степень убеждения⁴⁸. Следует упомянуть еще об одном источнике происхождения данных правил — международном праве. Как было сказано ранее, возможность заинтересованной стороны сослаться на преюдициальность ранее вынесенного решения может быть основана на международных обычаях и общих принципах права, обладающих универсальным признанием и авторитетом. Однако необходимо отметить недостаточность такой ссылки при возникновении спорных вопросов о применении правила *res judicata* в каждом конкретном случае. Международные обычаи или принципы ограничиваются лишь признанием за ним юридической силы и не содержат детального правового регулирования правоотношений между сторонами. Пробел может быть восполнен только путем обращения к национальному правопорядку, имеющему в своем распоряжении весь комплекс правовых источников и регуляторов, начиная с нормативных актов и заканчивая судебной практикой.

Забывая о рекомендательном и декларативном характере транснациональных правил *res judicata*, сторонники идеи арбитражного правопорядка предпринимают попытки снижения юридической силы правовых норм национального процессуального законодательства. Эти нормы становятся «отправной точкой, а не конечным результатом анализа», проводимого третейским судом при разрешении трансграничных споров⁴⁹. Освободившись таким образом от влияния национального правопорядка, арбитры могут по своему усмотрению определить подходящий способ правового регулирования отношений, возникших между сторонами по поводу преюдициальности ранее вынесенного решения. Этот способ, по мнению сторонников идеи об арбитражном правопорядке, основан на презумпции, что транснациональные правила *res judicata* подлежат применению, если стороны не выразили

⁴⁸ Как сказано в Окончательном отчете о *res judicata* и арбитраже 2006 г., рекомендации его разработчиков сделаны «для пользы международных коммерческих арбитров, столкнувшихся с вопросами *res judicata*. Они не адресованы прямо государственным судам, столкнувшимся с преюдициальными [*res judicata*] последствиями арбитражных решений в связи с рассмотрением вопросов юрисдикции, отмены или исполнения [арбитражных решений], но они могут создать убедительный авторитет для местных судов при рассмотрении ими преюдициальных последствий международных коммерческих арбитражных решений». Цит. по: Final Report on *Res Judicata and Arbitration* 2006. Par. 15. P. 69.

⁴⁹ Признавая влияние договорного и гражданско-процессуального права на международный коммерческий арбитраж, Г. Борн в то же время отмечает, что «во многих случаях, особенно в международных вопросах, эти дисциплины являются не более чем аналогиями, предоставляя отправную точку, а не конечный результат анализа. Во всех случаях важно квалифицировать арбитраж и относиться к нему как к особой и автономной дисциплине, специально созданной для достижения особенного ряда целей, которые не могут решить другие отрасли частного международного права» (Born G. Op. cit. P. 188–189).

явного согласия на применение национального права⁵⁰. Получается, что правовой источник утрачивает свой приоритет и его место занимает источник «мягкого права», подразумевающий большую степень вариативности правового регулирования спорных отношений и неопределенность результата правового воздействия.

Бесспорно, развитие права в современном мире идет по пути либерализации правовых регуляторов, т. е. предоставления субъектам права все большей свободы в выборе правовых источников. Вместе с тем преждевременно говорить о создании автономной системы права, основу которой составляют правила рекомендательного характера. Достижение консенсуса по их применению в западном арбитражном сообществе не означает распространение его на арбитражные сообщества, сложившиеся в развивающихся странах и странах с переходной экономикой. Поэтому национальные правовые нормы продолжают оставаться ключевым правовым источником, а установление применимого права — главным предварительным вопросом в отношениях, осложненных иностранным элементом⁵¹. Транснациональные правила *res judicata* подлежат применению, если стороны явно выразили свое согласие на это или при отсутствии такого согласия применение данных правил не вступает в противоречие с правом, регулирующим вопросы преюдициальности ранее вынесенного решения. Таким образом, возвращение к традиционным представлениям о праве предполагает восстановление иерархии правовых источников, где главное значение имеет национальный правопорядок, а второстепенное — международные правила рекомендательного характера. Однако при разрешении трансграничных споров в международном арбитраже обращению к правовым источникам всегда предшествует постановка коллизионной проблемы. Среди множества правопорядков необходимо выбрать один, который бы имел наиболее тесную связь с правоотношением, составляющим предмет спора между сторонами. В рамках настоящего исследования этим правоотношением являются права и обязанности, возникающие у процессуальных оппонентов в арбитражном разбирательстве по поводу признания за ранее вынесенным решением преюдициального характера.

Несмотря на то, что коллизионный аспект правила *res judicata* мало освещен в юридической литературе, существуют различные точки зрения на определение подходящей коллизионной привязки, с помощью которой можно было бы определить применимое право, за исключением случаев, когда спорящие стороны сами сделали это в явно выраженной форме. Поскольку им предоставлена широкая свобода в определении правил арбитражного разбирательства, им должно быть также предоставлено право определить

⁵⁰ Schaffstein S. Op. cit. P. 206.

⁵¹ Опровергая презумпцию выбора сторонами транснационального права, М. Мاستилл (М. Mustill) указывает на ряд факторов, свидетельствующих в пользу выбора национального права: «Это поразительное предположение [презумпция выбора транснационального права] игнорирует возможность того, что выбор национального права был таким очевидным, что о нем не нужно упоминать, или стороны вообще об этом не думали. Более того, даже если стороны не достигли согласия, нет основания предполагать единогласие в пользу исключения всех потенциально относимых национальных систем и замены их наднациональной системой, о которой только малая часть бизнесменов могла что-то слышать». Цит. по: Mustill M. J. *The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years // Arbitration International*. 1998. Vol. 4. № 2. P. 101.

закон, подлежащий применению к одному из вопросов этого разбирательства — установлению преюдициальности ранее вынесенного решения. Если стороны не выстроили свои правоотношения по модели, предусмотренной коллизионной привязкой *lex voluntatis*, в распоряжении арбитров имеется несколько национальных право порядков, претендующих на установление между ними и рассматриваемым вопросом тесной связи. По мнению западных ученых, данная связь может быть обнаружена в праве страны, на территории которой был подан новый иск; праве страны, на территории которой было вынесено предыдущее решение; праве страны, применимом к рассмотрению материально-правового спора по существу, и праве, регулирующем арбитражное соглашение⁵². Выбор первых двух право порядков обусловлен рассмотрением правила *res judicata* в качестве вопроса процессуального права, выбор двух последних право порядков — в качестве вопроса материального права. Таким образом, перед определением подходящей коллизионной привязки необходимо разобраться с отраслевой квалификацией объема коллизионной нормы — правоотношением, возникшим между процессуальными оппонентами по поводу преюдициальности ранее вынесенного решения. Ситуация осложняется еще и возможным расщеплением этого объема на два элемента: завершающий (позитивный) эффект ранее вынесенного решения, влияющий на рассмотрение нового иска в части материально-правовых вопросов по существу дела, и пресекающий (негативный) эффект того же решения, запрещающий процессуальному оппоненту совершать какие-либо действия в арбитражном разбирательстве, направленные на повторное рассмотрение материально-правовых вопросов. В зависимости от того, какой эффект пытается достичь заинтересованная сторона, осуществляется правовая квалификация ее действий. Если они основаны на позитивном эффекте ранее вынесенного решения, арбитрам следует обратиться к материальному праву; если на негативном эффекте, — следует искать разрешение спорных вопросов в процессуальном праве⁵³.

Расщепление правоотношения, составляющего объем коллизионной нормы, на вопросы процессуального и материального права оправданно, если они играют равнозначную роль в правовом регулировании. Обращение сторон к правилам *res judicata*, с одной стороны, всегда происходит во время проведения разбирательства, что явно указывает на процессуальный характер создаваемых ими правоотношений. С другой стороны, преюдициальность ранее вынесенного решения влияет на рассмотрение спора по существу, что, в свою очередь, связано с применением материального права. Однако эта

⁵² См.: Born G. Op. cit. P. 2909; Schaffstein S. Op. cit. P. 141–147; Interim Report on *Res Judicata* and Arbitration 2004. P. 64.

⁵³ Идея о различной правовой квалификации элементов, составляющих правило *res judicata* заложена в Окончательном отчете о *res judicata* и арбитраже 2006 г.: «Рекомендации предлагают разграничить завершающий и пресекающий эффекты арбитражных решений с точки зрения квалификации. Их завершающий эффект больше относится к существу спора, на основе которого успешный истец может построить дальнейшее арбитражное разбирательство. Таким образом, истцу рекомендуется ссылаться на завершающий эффект арбитражного решения в дальнейших арбитражных разбирательствах в той мере, в которой это допустимо по правилам квалификации. Их завершающий эффект больше относится к существу спора, на основе которого успешный истец может построить дальнейшее арбитражное разбирательство. Пресекающий эффект, с другой стороны, больше относится к процессу и, таким образом, о нем следует заявить как можно скорее после того, как стороне станет известно или ей должно было стать известно о предыдущем арбитражном решении». Цит. по: Final Report on *Res Judicata* and Arbitration 2006. Par. 66–67. P. 81).

связь носит производный характер, поскольку правило *res judicata* не способствует формулированию новых выводов, направленных на разрешение спора по существу, а предписывает арбитрам учитывать выводы, сделанные ими или их коллегами в предыдущих разбирательствах. Арбитры лишь констатируют обязательный эффект ранее вынесенного решения, которое может повлиять на установление вопросов права и факта в текущем арбитражном разбирательстве. Правильность выводов, содержащихся в ранее вынесенном решении, не подвергается сомнению и не является предметом дополнительной проверки с точки зрения права, применимого в предыдущем или текущем разбирательствах. Таким образом, квалификация некоторых элементов, входящих в правило *res judicata*, как вопросов материального права не может быть признана бесспорной, хотя и находит свое признание в некоторых национальных правовых порядках и международных документах⁵⁴.

Определение правовой природы отношений, возникающих по поводу установления преюдициальности ранее вынесенного решения, еще не означает снятия коллизийной проблемы полностью. Помимо конфликта между национальными правовыми порядками, указывающими на различную отраслевую принадлежность спорных правоотношений (данный конфликт в теории международного частного права известен как институт конфликта квалификаций или скрытой коллизии), существуют сложности с выбором надлежащей коллизийной привязки. Как в первом, так и во втором случае правовая доктрина и национальное законодательство предусматривают широкую вариативность решений коллизийной проблемы. Если конфликт квалификаций может быть преодолен с помощью трех традиционных способов: *lex fori*, *lex causae* и автономной квалификации, то рассмотрение правила *res judicata* в качестве процессуального вопроса предполагает обращение как минимум к двум правовым порядкам: праву страны, на территории которой был подан новый иск (праву нового форума), и праву страны, на территории которой было вынесено предыдущее решение (праву предыдущего форума). В свою очередь, применение двух последних коллизийных привязок возможно при соблюдении следующих двух условий. Во-первых, применимое право не содержит явно выраженных или сложившихся в судебной практике коллизийных норм, регулирующих вопросы о преюдициальности ранее вынесенного решения. В этой связи рассмотрение правила *res judicata* в качестве процессуального вопроса является единственным средством для поиска надлежащей коллизийной привязки. Во-вторых, правовая доктрина, которой придерживаются арбитры в результате выбора применимого права или в силу своей правовой культуры, не основана на представлении о том, что к процессуальным вопросам подлежит применению только право места проведения арбитражного разбирательства, а применение права других стран полностью исключено. Категоричность такого представления является результатом трансформации аналогичного правила, действующего в отношении государственных судов, которые обязаны применять к спорным процессуальным отношениям только право суда (*lex fori*). Вместе с тем любой арбитраж основан на признании за сторонами арбитражного соглашения

⁵⁴ В качестве примера такой квалификации С. Шаффштейн ссылается на судебную практику Франции и Окончательный отчет о *res judicata* и арбитраже 2006 г. См.: Schaffstein S. Op. cit. P. 168; Final Report on *Res Judicata* and Arbitration 2006. Par. 66. P. 81).

права на самостоятельное определение правил разрешения спора и широкого права усмотрения арбитров в построении процессуальных отношений со всеми участниками арбитражного разбирательства. Таким образом, отсутствие альтернативы у государственного судьи при выборе применимого права, регулирующего процессуальные отношения, противоречит правовой природе арбитража, в котором договорное начало проявляется больше, чем в судебном процессе⁵⁵.

Снятие с арбитров вышеназванного ограничения при установлении подходящей коллизионной нормы, регулирующей процессуальные аспекты арбитражного разбирательства, приводит к конкуренции двух коллизионных привязок: права нового форума и права предыдущего форума. Принятие решения в пользу одной из них может быть обосновано с помощью общеизвестного принципа международного частного права — обнаружения тесной связи спорного правоотношения с одним из рассматриваемых национальных правопорядков. На первый взгляд, правило *res judicata* тесно связано с правом предыдущего форума. Очевидно, что главные свойства преюдициальности — завершающий и пресекающий эффекты — относятся к предыдущему решению, а значит, раскрытие содержания этих свойств должно осуществляться через право страны, в которой предыдущее решение было вынесено. Объектом применения правила *res judicata* являются выводы, сделанные третейским судом в предыдущем арбитражном разбирательстве. Именно с ними связаны и задачи, обеспечивающие эффективность применения этого правила в арбитраже: удовлетворение законных ожиданий сторон, полагающихся на завершенность арбитражного разбирательства, и исключение случаев, когда недобросовестная сторона предпринимает попытки провести повторное разбирательство, ставя под сомнение пользу предыдущего, не говоря уже о несении сторонами дополнительных расходов и затягивании принятия окончательного решения по существу спора⁵⁶.

Акцент на источник происхождения правового явления также уместен при осмыслении экстерриториального эффекта судебного решения на теоретическом уровне. Законная сила судебного решения не ограничивается страной, на территории которой оно вынесено. Заинтересованная сторона вправе потребовать его признания и исполнения в любой стране, где находятся активы ее процессуального оппонента. Если иностранный государственный суд удовлетворит это требование, исполнение судебного решения должно быть осуществлено таким образом, как если бы оно было исполнено в стране его вынесения. В западной юридической литературе данный подход известен как доктрина «расширения действия» (*doctrine of extension of effects*). Ее суть сводится к сохранению за судебным решением всех его оригинальных характеристик, что невозможно без применения права предыдущего форума. Кроме того, эффективность обращения к данной коллизионной привязке напрямую зависит от наличия доверия между государственными судами соответствующих стран⁵⁷.

⁵⁵ По мнению Г. Борна, главное отличие национального судебного решения от арбитражного решения заключается в том, что последнее возникает из арбитражного соглашения, которое, в свою очередь, является источником возникновения частных прав сторон, включая право сослаться на пресекающий эффект ранее вынесенного решения (Born G. Op. cit. P. 2911).

⁵⁶ Born G. Op. cit. P. 2910.

⁵⁷ Schaffstein S. Op. cit. P. 211.

Доктрина «расширения действия» также может быть применима к вопросам, связанным с преюдициальностью ранее вынесенных решений при разрешении спора в арбитраже. В этом случае задача заинтересованной стороны заключается в том, чтобы выводы, сделанные государственным или третейским судом в ходе предыдущего разбирательства, не утратили свою актуальность, а текущее разбирательство не превратилось в повторное рассмотрение уже разрешенного спора. В соответствии с доктриной «расширения действия» арбитры должны придать ранее вынесенному решению завершающий или пресекательный эффект, которым оно было наделено правом предыдущего форума.

Несмотря на то, что принцип наиболее тесной связи занимает главное место в коллизионном регулировании, нельзя сбрасывать со счетов влияние других правопорядков, связанных с правоотношением менее тесным образом, но тем не менее сохраняющих важное значение в разрешении спорных вопросов. При обращении к правилам *res judicata* одним из таких правопорядков является право страны, на территории которой был подан новый иск (право нового форума). Здесь в отличие от доктрины «расширения действия» акцент делается не на действия иностранного государственного суда, устанавливающего юридические последствия своего решения, а на действия государственного суда, рассматривающего вопрос о признании этого решения и приведении его в исполнение. Пресекательный эффект иностранного судебного решения уравнивается с пресекательным эффектом национального судебного решения. Поэтому данному подходу присвоено название доктрины «уравнивания действия» (*doctrine of equalization of effects*)⁵⁸. По мнению ее сторонников, она больше подходит для арбитража, поскольку в ее основе лежит предположение о том, что большинство стран придерживаются единых стандартов проведения арбитражного разбирательства, и нет никакой необходимости ставить правовое регулирование спорных вопросов в зависимость от национальных особенностей того или иного правопорядка⁵⁹. В то же время нельзя игнорировать существенный недостаток доктрины «уравнивания действия», заключающийся в опасности неоправданного ужесточения пресекательного эффекта ранее вынесенного решения. Такая возможность существует, когда право нового форума предусматривает более строгие последствия, возникающие в результате применения правила *res judicata*, чем право предыдущего

⁵⁸ Schaffstein S. Op. cit. P. 211.

⁵⁹ Г. Борн считает, что в отличие от судебного решения наличие наиболее тесной связи между арбитражным решением и правом страны, в котором оно вынесено, не носит очевидного характера, вследствие чего право предыдущего форума не является надлежащей коллизионной привязкой при определении пресекательного эффекта арбитражного решения: «Можно сделать предварительный вывод о том, что проблематично смотреть на право форума, выносящего решения, — в порядке аналогии, на право места арбитража — для определения пресекательного эффекта арбитражного решения. Как широко обсуждалось, международный арбитраж и арбитражное решение не имеют такого же отношения к месту арбитража и его правовой системе, как национальный государственный суд и судебное решение — к местной правовой системе. Так как процессуальные, коллизионные и материально-правовые нормы в стране проведения арбитража не имеют такого же эффекта в международных арбитражах, проводимых в пределах национальной территории, как они имеют в местных национальных судебных процессах, применение норм о пресекательном эффекте арбитражных решений, вынесенных в стране проведения арбитража, носит менее очевидный или важный характер». Цит. по: Born G. Op. cit. P. 2911.

форума⁶⁰. Вряд ли целью преюдициальности судебного или арбитражного решения является наделение заинтересованной стороны процессуальным правом на заявление возражений против повторного рассмотрения спора, если оно неизвестно праву страны, на территории которой это решение было вынесено.

Таким образом, приведенные выше соображения не позволяют сделать однозначный выбор в пользу одной из двух рассмотренных коллизионных привязок. Принцип наиболее тесной связи указывает на право предыдущего форума. Необходимость в сохранении целостности судебного процесса или арбитражного разбирательства, а также уяснении истинных целей и содержания правового регулирования при разрешении спорных вопросов требует применения права нового форума. Для государственного или третейского судьи представляется более удобным не расщеплять правовой режим процессуальных отношений на несколько частей, подпадающих под сферу регулирования различных правопорядков, а ограничиться применением только одного правопорядка — правом страны, на территории которой подан новый иск и поставлен вопрос о преюдициальности ранее вынесенного решения. Также согласно традиционным взглядам на правовую природу арбитража, основанным на неразрывной связи его с местом проведения арбитражного разбирательства и вынесения арбитражного решения, арбитры должны обладать необходимыми знаниями о праве нового форума. Предъявление подобного требования к государственным судьям вообще не вызывает сомнений. Кроме того, всегда сохраняется возможность субсидиарного применения права нового форума, если все предпринятые меры по установлению содержания иностранного права (в данном случае таким правом является право предыдущего форума) не привели к удовлетворительному результату.

Проблема коллизионного регулирования вопросов, связанных с применением правила *res judicata*, не может быть сведена к выбору одной коллизионной привязки. Арбитрам следует руководствоваться определенным набором последовательных действий и условий, влияющих на определение применимого права. На первом месте стоит право предыдущего форума как право, имеющее наиболее тесную связь с ранее вынесенным решением. Если содержание этого права, несмотря на предпринятые сторонами или арбитрами меры, не установлено, подлежит применению право нового форума. В свою очередь, сфера его действия также может быть ограничена в случаях, когда право нового форума предусматривает более строгие последствия, возникающие в результате применения правила *res judicata*, чем право предыдущего форума. При решении коллизионной проблемы арбитры могут не ограничиваться применением только одного правопорядка. Решение об установлении содержания иностранного права принимается арбитрами в соответствии со стандартами доказывания, предусмотренными правом нового форума.

⁶⁰ См.: Born G. Op. cit. P. 2910; Schaffstein S. Op. cit. P. 212.