

DOI: <https://doi.org/10.24833/0869-0049-2023-2-51-62>

Исследовательская статья
УДК: 341.63
Поступила в редакцию: 18.04.2023
Принята к публикации: 10.06.2023

Дмитрий Леонидович ДАВЫДЕНКО

Белорусский Государственный Университет
Проспект Независимости, 4, Минск, 220030, Беларусь
dmitridavydenko@gmail.com
ORCID: 0000-0002-4379-0669

Ринчен Дасел Нгаванговна МУКСУНОВА

Московский государственный институт международных отношений (Университет) МИД России
Проспект Вернадского, д. 76, Москва, 119454, Российская Федерация
dasel.muksunova@mail.ru
ORCID: 0009-0009-4817-525X

ГРАНИЦЫ ПРИМЕНЕНИЯ ПРИНЦИПА *JURA NOVIT ARBITER* В МЕЖДУНАРОДНОМ АРБИТРАЖЕ: НЕКОТОРЫЕ ВОПРОСЫ ТЕОРИИ И ПРАКТИКИ

ВВЕДЕНИЕ. Принцип *jura novit arbiter* или *jura novit tribunus* представляет собой проекцию доктрины *jura novit curia* на международные арбитражные разбирательства, свободную от особенностей национального законодательства. Значение применения этого принципа заключается в возможности третейского суда принимать участие в установлении содержания применимых норм права. С учетом особенностей международного арбитража *jura novit arbiter* существенно ограничивается в целях защиты интересов спорящих сторон. Однако подобное ограничение имеет как положительные, так и отрицательные правовые последствия.

МАТЕРИАЛЫ И МЕТОДЫ. В качестве материалов для исследования были использованы международные договоры, регулирующие установление содержания применимого права, практика международного коммерческого и инвестиционного арбитражей, демонстрирующая

способы установления пределов свободного усмотрения третейского суда и соответствующие последствия ограничения принципа *jura novit arbiter*, а также труды российских и зарубежных ученых. Методологическую основу исследования составляют общенаучные и специально-юридические методы.

РЕЗУЛЬТАТЫ ИССЛЕДОВАНИЯ. В исследовании проводится анализ применения принципа *jura novit arbiter* в международном арбитраже, который позволяет авторам представить классификацию основных ограничений его действия. В статье приводятся практические примеры взаимодействия принципа *jura novit arbiter* с отдельными видами институтов, направленных на сужение сфер его применения.

ОБСУЖДЕНИЕ И ВЫВОДЫ. Исследование вопроса позволило авторам сделать следующие выводы. Во-первых, существуют три основных ограничителя свободного усмотрения арбитров:

1) принцип запрета выхода за пределы запрошенных сторонами средств правовой защиты (далее – *ne ultra petita*), 2) требование о ведении надлежащего арбитражного разбирательства в части права быть услышанным и связанного с ним критерия «предвидимости» (далее – *due process*), 3) обеспечение скорости и эффективности арбитражного разбирательства (далее – *expediency and efficiency*). Во-вторых, ограничение принципа не всегда приводит к ожидаемым результатам: с одной стороны, оно направлено на обеспечение правовой определенности и предсказуемости арбитражного разбирательства и его результатов, обеспечение прав и интересов сторон. С другой стороны, указанные ограничения на практике обнаруживают ряд недостатков: отсутствуют заранее определенные условия исключения применения принципа *ne ultra petita*, категория «предвидимости» носит оценочный характер, а нарушение баланса между *expediency and efficiency* и *jura novit arbiter* влия-

ет на корректность применения и толкования норм права.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: международный арбитраж, *jura novit arbiter*, ограничение дискреционных полномочий третейского суда, *ne ultra petita*, ведение надлежащего арбитражного разбирательства, ведение разбирательства эффективным образом, определенность и предсказуемость

ДЛЯ ЦИТИРОВАНИЯ: Давыденко Д.Л., Муксунова Р.Д.Н. 2023. Границы применения принципа *jura novit arbiter* в международном арбитраже: некоторые вопросы теории и практики. – Московский журнал международного права. № 2. С. 51–62. DOI: <https://doi.org/10.24833/0869-0049-2023-2-51-62>

Авторы заявляют об отсутствии конфликта интересов.

INTERNATIONAL PRIVATE LAW

DOI: <https://doi.org/10.24833/0869-0049-2023-2-51-62>

Dmitry L. DAVYDENKO

Belarusian State University
4, Nezavisimosti Avenue, Minsk, Belarus, 220030
dmitridavydenko@gmail.com.
ORCID: 0000-0002-4379-0669

Rinchen Dasel N. MUKSUNOVA

Moscow State Institute of International Relations (University) MFA Russia
76, pr. Vernadskogo, Moscow, Russian Federation, 119454
dasel.muksunova@mail.ru.
ORCID: 0009-0009-4817-525X

Research article
UDC: 341.63
Received 18 April 2023
Approved 10 June 2023

LIMITS OF APPLICATION OF THE *JURA NOVIT ARBITER* PRINCIPLE IN INTERNATIONAL ARBITRATION: SOME ISSUES OF THEORY AND PRACTICE

INTRODUCTION. *The principle of jura novit arbiter or jura novit tribunus is an analogue of the doctrine of jura novit curia in international arbitration proceedings which is free from the peculiarities of national laws. The significance of its application in international arbitration lies in the powers of an arbitral tribunal to participate in ascertaining the content of the applicable law. Given the features of international arbitration, material limitations are put on the jura novit arbiter principle in order to protect the rights and interests of disputing parties. However, limitations have both positive and negative legal effects.*

MATERIALS AND METHODS. *The authors researched the provisions of international treaties, case law of tribunals and state courts demonstrating the scope of the arbitrator's discretionary powers and the effects of its limitation, as well as the works of Russian and foreign scholars. The methodological basis of the research includes general scientific and special methods.*

RESEARCH RESULTS. *The analyses of international treaties and case law led to the elaboration of the list of the main limits of the jura novit arbiter application. The study examined the issues in the relationship between jura novit arbiter and other principles aimed at narrowing the scope of its functioning.*

DISCUSSION AND CONCLUSIONS. *The results of the analysis allow to draw the following conclusions. First, there are three major constraints put on the arbitrators' discretion: 1) ne ultra petita (not beyond the*

request), 2) due process in terms of a right to be heard and the foreseeability test, 3) expediency and efficiency of arbitral proceedings. Secondly, the limitation of the principle is a double-edged sword: on the one hand, it ensures legal certainty and predictability of an arbitral proceeding and its outcome, secures the rights and interests of the parties. On the other hand, the aforementioned limitations reveal also some downsides: there is no clear guidance on identifying conditions under which the ne ultra petita principle does not serve as a boundary of the jura novit arbiter principle; the "foreseeability" is an evaluative concept; and the imbalance between expediency and efficiency principles and jura novit arbiter may give rise to concerns about the established content of the applicable law.

KEYWORDS: *international arbitration, jura novit arbiter, arbitrator's discretionary powers, ne ultra petita, due process, foreseeability expediency and efficiency of arbitral proceedings, certainty and foreseeability*

FOR CITATION: Davydenko D.L., Muksunova R.D.N. Limits of application of the *jura novit arbiter* principle in international arbitration: some issues of theory and practice. – *Moscow Journal of International Law*. 2023. No. 2. P. 51–62. DOI: <https://doi.org/10.24833/0869-0049-2023-2-51-62>

The authors declare the absence of conflict of interest.

1. Введение

Допустимые границы реализации арбитрами дискреционных полномочий в рамках установления содержания применимого материального права отличаются в различных правовых порядках, что отчетливо прослеживается на стадии отмены и признания и приведения в исполнения арбитражного решения [Ferrari, Kröll 2019:472]. Причина заключается в том, что именно государственные суды осуществляют проверку решений третейских судов, ввиду чего достигнуть полного единообразия в данном вопросе не представляется возможным. Поэтому вопреки продвижению идеи «делокализации и процессуальной либерализации» в арбитраже, некоторые вопросы в определенной степени остаются в сфере национального регулирования [Mohamed 2017:422].

В указанных условиях естественным образом возникла потребность в создании универсальных процессуальных гарантий и правил, которые в доктрине получили наименование *lex mercatoria arbitralis* [Ly 2011:16]. Одним из его проявлений является принцип *jura novit arbiter*, который представляет собой проекцию доктрины *jura novit curia* на международные арбитражные разбирательства, свободной от особенностей национального законодательства, то есть является продуктом гармонизации.

Проецирование принципа *jura novit curia*, применяемого в государственных судах, на международный арбитраж имеет колоссальное значение [Capper 2014:35]. Во-первых, если бы принцип не применялся в арбитраже, третейский суд был бы связан исключительно теми правовыми аргументами, материалами и вариантами толкования, которые предлагают стороны.

В подобных условиях существенно возрастал бы риск наличия ошибок в применении норм права, их толковании. Во-вторых, доктрина *jura novit tribunus* позволяет предотвратить соответствующую недобросовестную практику, не нарушая фундаментальных принципов международного арбитража [Dimolitsa 2009:432-433]. В-третьих, с помощью применения данного принципа третейский суд устанавливает «международно-нейтральный» режим, что соответствует интересам обеих сторон [Born 2014:2208]. В-четвертых, применение принципа способствует повышению гарантии исполнимости решения в иных правовых порядках, поскольку он предоставляет арбитрам право по собственной инициативе обращаться к нормам публичного порядка, сверхимперативным нормам, которые стороны могли упустить из виду [Carper 2011:11,31,34].

Однако применение *jura novit tribunus* необходимо ограничивать в силу особенностей международного арбитража [Alberti, Bigge 2015:10]. Целью сужения свободы усмотрения третейского суда является обеспечение правовой предсказуемости и определенности арбитражного разбирательства. Авторами сделан вывод, что основными универсальными инструментами ограничения применения *jura novit arbitri* служат другие принципы международного коммерческого арбитража: 1) *ne ultra petita*, 2) *due process* и 3) *expediency and efficiency*. Однако обнаружено, что ограничения являются обоюдоострым мечом: с одной стороны, они позволяют предварительно оценить результат арбитражного разбирательства, риски на стадии отмены или признания и приведения в исполнение, обеспечить экономию времени и материальных средств, с другой стороны, они способны создать правовую неопределенность иного рода, которая будет рассмотрена ниже. Она, по мнению авторов, порождает риски не менее серьезного характера, поскольку носит латентный характер, поэтому, как правило, не может быть обнаружена заблаговременно.

2. Классификация

В литературе встречаются различные классификации ограничителей принципа *jura novit*

arbiter. Первый вариант [Monteiro 2013:53]: 1) необходимость обеспечения действительности арбитражного решения, 2) принцип запрета выхода за пределы запрошенных сторонами средств правовой защиты (*ne ultra petita*), 3) требование о ведении надлежащего арбитражного разбирательства (*due process*). На наш взгляд первый пункт охватывает два последующих, поскольку требование о вынесении действительного арбитражного решения подразумевает в том числе соблюдение принципов *due process* и *ne ultra petita*.

Второй вариант классификации [Alberti, Bigge 2015:10] предполагает деление всех ограничителей принципа на два вида: 1) *ne ultra petita* и 2) право быть услышанным и предсказуемость арбитражного решения. Следует отметить, что последний составляет часть более общего принципа *due process*.

В целом оба варианта кумулятивно носят исчерпывающих характер. Однако авторы полагают, что к выше названному списку следует добавить следующий ограничитель: необходимость обеспечения скорости и эффективности арбитражного разбирательства (*expediency and efficiency*), что будет обосновано ниже. Таким образом, в статье предлагается следующая классификация принципов, устанавливающих границы реализации *jura novit arbitri*: 1) *ne ultra petita*, 2) *due process* (в части права быть услышанным и критерия «предвидимости») и 3) *expediency and efficiency*.

3. Ne ultra petita

Принцип *ne ultra petita* является одним из основополагающих в международном арбитраже. Его несоблюдение может стать причиной отмены (ст. 34 (1), (2)(a)(iii) Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже 1985 г. (далее – Типовой Закон ЮНСИТРАЛ))¹ или отказа в признании и приведении в исполнение арбитражного решения на основании ст. V (1) (с) Конвенция ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г. (далее – Нью-Йоркская Конвенция), ст. 36 (1)(a)(iii) Типового

¹ Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже: принят Комиссией Организации Объединенных Наций по праву международной торговли 21 июня 1985 г.: с изменениями, внесенными Комиссией Организацией Объединенных Наций по праву международной торговли 7 июля 2006 г. Доступ: https://uncitral.un.org/ru/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration (дата обращения: 01.04.2023).

закона ЮНСИТРАЛ². В целях анализа взаимодействия доктрин *jura novit arbiter* и *ne ultra petita* в первую очередь рассмотрим сущность последней с помощью обращения к практике ее применения.

Так, Кассационный Суд Парижа в деле *Société GFI Informatique SA v. Société Ingénierie Ingegneria Informatica SPA et al.* установил, что третейский суд не вправе выходить за пределы своей миссии [Dimolitsa 2009:438] и что их миссия ограничивается предметом спора, который определили стороны в своих исковых заявлениях³. Аналогичного мнения придерживаются испанские суды, которые указали, что требования истцов связывают арбитров⁴. Итальянский суд ясно и четко определил в каком случае будет иметь место нарушение принципа *ne ultra petita*: стороны вправе самостоятельно определить предмет спора, свои требования, данное право принадлежит исключительно им, поэтому если третейский суд выносит решение, присуждая больше запрашиваемой суммы или то, о чем стороны не заявляли, он вмешивается в их исключительные полномочия⁵.

С первого взгляда может показаться, что принципы *ne ultra petita* и *jura novit curia* взаимоисключающие, однако в действительности они эффективно сосуществуют и дополняют друг друга. Более детально мы рассмотрим данный тезис ниже.

Тезис звучит следующим образом: «*ne ultra petita* определяет границы применения *jura novit curia*». Ярким примером тому служит дело *Werfen Austria GmbH v. Polar Electro Europe B.V.*⁶. Истец предъявил требование к ответчику о возмещении убытков. Одновременно в целях обеспечения своего права на взыскание убытков просил третейский суд признать недействительной оговорку договора о том, что данное требование не может быть предъявлено к стороне в случае прекращения договора, ссылаясь на запрет включе-

ния подобных оговорок в договор в силу ст. 28 Закона Финляндии о торговых представителях. Третейский суд отклонил довод о применимости данной нормы, но удовлетворил требование истца в полном объеме со ссылкой на другую (ст. 36 Закона о договорах). Верховный суд Финляндии пришел к выводу, что в рассматриваемом деле отсутствуют признаки нарушения принципа *jura novit arbiter*. Несмотря на то, что арбитраж по собственной инициативе привел правовой аргумент, на который истец не ссылался, не вышел за пределы своих полномочий, поскольку его решение полностью соответствует предмету и сумме заявленных требований. На примере настоящего дела мы можем наблюдать взаимодействие принципов *ne ultra petita* и *jura novit arbiter* на практике: третейский суд вправе *sua sponte* приводить новую правовую аргументацию постольку, поскольку он не нарушает первый принцип.

Федеральный суд Швейцарии пришел к аналогичным выводам в деле *Bank Saint Petersburg PLC v. ATA Insaat Sanayi ve Ticaret Ltd.*⁷. Истец предъявил иск с требованием о предоставлении средств защиты против нарушения соглашения о банковской гарантии. Третейский суд удовлетворил требования истца, однако в обоснование своего решения он исходил из нарушения основного договора, а не соглашения о банковской гарантии. Федеральный суд указал, что арбитр не превысил свои полномочия, изменив квалификацию требования и приведя иные нормы в его обоснование, поскольку решение было вынесено в рамках предмета и суммы иска.

Таким образом, степень реализации *jura novit arbiter* ограничивается параметрами, установленными сторонами, например, суммой иска, то есть арбитры не могут присудить стороне больше, чем она того просит, широко толкуя приведенную сторонами норму или ссылаясь на иную *proprio motu*, или разрешить спор на иных правовых основаниях, о которых стороны не за-

² United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958. URL: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/new-york-convention-e.pdf> (accessed 01.04.2023).

³ Cour d'appel de Paris: *Société GFI Informatique SA v. Société Ingénierie Ingegneria Informatica SPA et al.* Case No. 07/11672. November 27, 2008. – *Revue de l'arbitrage*. Issue 1. Paris: Sirey. 2009. P. 231.

⁴ Audiencia Provincial de Madrid. Case No. 524/2004. June 29, 2004. См.: [Alberti 2011:11].

⁵ Soc.Profilglass v. Nerozzi et al. Cas.Civ.Sez. II. June 12, 2005. См.: [Alberti 2011:11].

⁶ Supreme Court of Finland: *Werfen Austria GmbH v. Polar Electro Europe B.V.* Case No. S2006/716. Majority decision. July 2, 2008. URL: <https://arbitrationlaw.com/library/decision-supreme-court-finland-judgement-rendered-2-july-2008-case-no-s2006716-werfen> (accessed 01.04.2023).

⁷ Federal Supreme Court of Switzerland: *Bank Saint Petersburg PLC v. ATA Insaat Sanayi ve Ticaret Ltd.* Case No. 4P.260/2000. March 2, 2001. – *ASA Bulletin*. 2001. Issue 3. P. 531.

являли [Wobeser 2011: 207, 212–213]. По сути, арбитры вправе реализовать свои дискреционные полномочия до тех пор, пока они не нарушают автономию воли сторон – в этом природа ограничительного характера *ne ultra petita* [Alberti 2011:4-6,18-19].

Последствия ограничения

Принцип *ne ultra petita* направлен на обеспечение правовой определенности и предсказуемости арбитражного разбирательства и его результатов. Тем не менее, следует учитывать, что отсутствуют четкие и ясные критерии порядка реализации *ne ultra petita*: при установлении факта наличия или отсутствия его нарушения необходимо учитывать обстоятельства дела в каждом конкретном случае. Например, принцип *ne ultra petita* в случае использования третейским судом широких дискреционных полномочий не будет нарушен, если просьба истца о предоставлении средств правовой защиты не подкреплена юридически. Однако если истец предоставляет правовое обоснование избранных им мер правовой защиты, то другие обоснования для вынесения арбитражного решения, по общему правилу, приводиться не могут, так как в данном случае арбитражное решение будет вынесено в нарушение принципа *ne ultra petita* [Попов 2017:52-53].

В подтверждение первого тезиса приведем пример из практики Верховного Суда Финляндии, который рассматривая заявление об отмене решения арбитража по делу *Werfen Austria GmbH v. Polar Electro Europe B.V.*, пояснил, что при реализации своих дискреционных полномочий третейский суд не нарушил прав сторон, поскольку сама правовая природа договора была спорной и стороны не могли быть удивлены решением в любом случае⁸. Второй тезис подтверждается цитатой из практики инвестиционного арбитража по делу *Klöckner v. Republic of Cameroon*: «арбитры ICSID не вправе путем формулирования собственной правовой теории или аргументации... выходить за пределы юридической рамки (*legal*

framework), установленной Истцом или Ответчиком», например, путем разрешения спора «на основе деликтного права, когда обе стороны в своих процессуальных документах исходили из применения норм договорного права»⁹. В другом деле *Caratube* комитет еще раз упомянул данное правило: «арбитры вправе принимать решение на основе собственных правовых обоснований без предварительного согласования со сторонами только в том случае, если дискреционное право осуществляется в установленных ими правовых рамках»¹⁰. Таким образом, при ограничении принципа *jura novit arbiter* посредством *ne ultra petita* необходимо принимать во внимание обстоятельства дела [Попов 2017:52-53]. Тонкая грань пролегает между тем, когда третейский суд вправе самостоятельно осуществить поиск правовой аргументации и квалифицировать требование тем или иным образом и когда реализация данных дискреционных полномочий недопустима.

4. Due process

Применение доктрины *jura novit arbiter* ограничивается также фундаментальным принципом ведения надлежащего арбитражного разбирательства – *due process*, одной из составных частей которого является право быть услышанным (*right to be heard*). Третейский суд обязан уведомить стороны о наличии возможности применения другой нормы, осуществления иного толкования, неизвестных для сторон [Concise International Arbitration...2010:191] и предоставить право выразить их позицию по вопросу [Lew 2010:9]. Требование о необходимости соблюдения *due process* содержится в ст. V(1)(b) Нью-Йоркской Конвенции, ст. 34.2(a)(ii) Типового закона ЮНСИТРАЛ. Аналогичные положения содержатся также в ст. IX(1)(b) Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже 1961 г., ст. 5(1)(b) Межамериканской (Панамериканской) конвенции о международном коммерческом арбитраже 1975 г.

⁸ Supreme Court of Finland: *Werfen Austria GmbH v. Polar Electro Europe B.V.* Case No. S2006/716. Majority decision. July 2, 2008. URL: <https://arbitrationlaw.com/library/decision-supreme-court-finland-judgement-rendered-2-july-2008-case-no-s2006716-werfen> (accessed 01.04.2023).

⁹ ICSID: *Klöckner v. Republic of Cameroon*. Case No. ARB/81/2. Decision of ad hoc Committee. October 21, 1983. Para. 91. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11161.pdf> (accessed 01.04.2023).

¹⁰ ICSID: *Caratube International Oil Co. LLP v. Republic of Kazakhstan*. Case No. ARB/08/12. Decision on Annulment. February 18, 2014. Para. 93. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3082.pdf> (accessed 01.04.2023).

Механизм взаимодействия *jura novit arbiter* и *due process* заключается в том, что решение подлежит анализу с точки зрения соблюдения права стороны быть услышанной в целях предотвращения ситуации, в которой решение вынесено не в пользу стороны, право которой было нарушено, однако при условии соблюдения ее прав она могла бы оспорить применение нормы или вариант ее толкования и выиграть дело¹¹.

Следует обратить внимание, что практика применения данного принципа ведения надлежащего арбитражного разбирательства неоднозначна: не всегда следствием его нарушения является отмена решения или отказ в его признании и приведении в исполнение. Рассмотрим три сценария взаимодействия принципов *jura novit curia* и права быть услышанным:

1) арбитры уведомили стороны о применении правовых норм *sua sponte* и предоставили возможность выразить свою правовую позицию, следовательно, права сторон были соблюдены, поэтому отсутствуют риски относительно действительности и исполнимости арбитражного решения;

2) третейский суд не предоставил сторонам возможности ознакомиться с новыми правовыми основаниями, которые легли в основу решения, следовательно, право быть услышанным нарушено, а арбитражное решение может быть оспорено или не признано и не приведено в исполнение;

3) арбитры не уведомили стороны о применении новых правовых положений, вариантов толкований нормы, поэтому права сторон были нарушены, однако если с учетом всех обстоятельств дела и хода арбитражного разбирательства стороны могли предвидеть обращение к ним, то арбитражное решение может быть действительным и исполнимым (критерий предвидимости, *the foreseeability test*).

Первый вариант достаточно ясен и не может вызывать затруднений при определении право-

вых последствий соблюдения принципа. Наиболее интересными для исследования представляются две оставшиеся ситуации.

В любом правовом порядке нарушение права стороны быть услышанной является безусловным основанием отмены арбитражного решения. Так, Апелляционный суд Швеции отменил решение Арбитражного института Торговой палаты Стокгольма в связи с тем, что решение было вынесено на основании правовых норм, на которые ни одна из сторон не ссылалась¹².

Верховный суд провинции Квебек рассмотрел механизм взаимодействия *jura novit arbiter* и *due process* в деле *Louis Dreyfus S.A.S. v. Holding Tusculum B.V. et al.*¹³. После несостоявшейся реорганизации совместного предприятия, истец обратился в арбитраж в связи с нарушением акционерного соглашения. Данный документ содержал оговорку о средстве правовой защиты стороны, интересы которой были нарушены. Однако третейский суд рассмотрел дело на основе «более общих принципов справедливости». Истец обратился в суд с заявлением об отмене арбитражного решения, вынесенного на основе принципов, которые не были упомянуты в процессуальных документах и в ходе арбитражного разбирательства. Суд удовлетворил требование, поскольку признал факт нарушения права быть услышанным. Стоит отметить, что в данном случае ссылка на нарушение *ne ultra petita* была бы также конструктивной.

Апелляционный суд Парижа отменил решение арбитража по делу *Société Engel Austria GmbH v. Société Don Trade et al.* на аналогичных основаниях: применение третейским судом доктрины «*Wegfall der Geschäftsgrundlage*» *proprio motu* без предоставления сторонам возможности высказать свою позицию по данному вопросу¹⁴.

В практике американских судов также есть примеры применения *jura novit arbiter* и *due process*. Апелляционная коллегия Верховного суда штата Нью-Джерси пояснила, что отсут-

¹¹ New Zealand High Court: *Trustee of Rotoaira Forest Trust v. Attorney-General*. November 30, 1998. См.: [Alberti 2011:18].

¹² Svea Court of Appeal: *Systembolaget v. V&S Vin & Spirit*. Case No. T4548-08. December 12, 2009. URL: <https://arbitrationlaw.com/library/decision-swedish-svea-court-appeal-december-12-2009-case-no-t-4548-08-systembolaget-ab-vs> (accessed 01.04.2023).

¹³ Quebec Superior Court *Louis Dreyfus S.A.S. v. Holding Tusculum B.V. et al.* Quebec Superior Court. Case No. 2008 QCCS 5903. December 8, 2008. Para. 3. URL: https://www.uncitral.org/docs/clout/CAN/CAN_081208_FT.pdf# (accessed 01.04.2023).

¹⁴ Cour d'appel de Paris: *Engel Austria GmbH v. Société Don Trade et al.* Case No. 08/13618. December 3, 2009. URL: <https://arbitrationlaw.com/library/paris-court-appeal-pole-1-1st-chamber-3-december-2009-engel-austria-gmbh-v-don-trade-french> (accessed 01.04.2023).

ствие у стороны возможности выразить свое правовое мнение по существенным вопросам, затронутыми арбитрами *ex officio*, являются нарушением *due process*¹⁵.

Третий вариант – это «исцеление» арбитражного решения от порока несоблюдения принципа *due process* путем представления доказательств предсказуемости применения какой-либо нормы или варианта ее толкования.

Федеральный Суд Швейцарии рассмотрел заявление об отмене арбитражного решения в связи с жалобой о том, что «арбитр ссылался на условия договора, о применении которых стороны не заявляли»¹⁶. Суд пришел к выводу, что третейский суд не нарушил право сторон быть услышанными, поскольку истец ранее ссылался на договорные условия в рамках описания правовых последствий их применения. Последнее означает, что и ответчик также мог представить свои возражения в ходе арбитражного разбирательства, а его представитель являлся известным профессионалом, соответственно, не мог не предвидеть и не уведомить сторону о вынесении решения на основе в том числе контрактных условий¹⁷.

Похожий пример можно встретить в деле *X SA. (Belgium) v. Y SA. (Spain)*¹⁸. Отказывая в отмене арбитражного решения, Федеральный суд Швейцарии подчеркнул, что право сторон быть услышанными не было нарушено, поскольку представитель одной из них ссылался на нормы, схожие с теми, которые применил арбитр¹⁹.

Предвидимость может быть также установлена, если стороны или их представители косвенно ссылались в ходе арбитражного разбирательства на примененные арбитрами нормы. В деле *TMM Division Maritima SA de CV* указал, что «существует тонкая грань между принятием решения на

основании норм, которые никогда не были прямо выражены упомянуты, и на основании норм, которые косвенно были затронуты сторонами и разумно связаны с аргументацией сторон»²⁰. Второй случай может соответствовать критерию «предвидимости» [Alberti, Bigge 2015:19]²¹.

Последствия ограничения

Реализация арбитрами дискреционных полномочий ограничивается, как установлено выше, в том числе категорией предсказуемости [Scherer 2005:100]. Однако последствием использования критерия «предвидимости» является, как ни странно, правовая неопределенность. В литературе отмечается, что он носит оценочный характер [Alberti, Bigge 2015:19] и может толковаться судами различных правовых порядков не единообразно. Например, французские суды придерживаются подхода, согласно которому сторонам должна быть предоставлена возможность отдельно прокомментировать применение даже той нормы права, которая косвенно была затронута в процессуальных документах и/или в ходе арбитражного разбирательства [Hosseraye, Giovanni 2012:348]. Более того, предсказуемость для судов Франции будет иметь место только в случае, если правовая норма, на которую ссылались арбитры, является настолько общей, что ее применение было очевидно: например, обязанность действовать добросовестно [Fouchard Gaillard & Goldman...1999:950]. Противоположный подход действует в Гонконге: в деле *Pac. China Holdings (in liq) v. Grand Pac. Holdings* судья отклонил требование об отмене арбитражного решения на основе нарушения права стороны быть услышанной, поскольку арбитр, вынесший решение, был в состоянии самостоятельно эффективно справиться с толкованием положений права Нью-Йорка²².

¹⁵ Superior Court of New Jersey: Township of Montclair v. Montclair PBA Local № 53. Appellate Division. Case No. A-0657-1154. May 22, 2012 (unpublished opinion).

¹⁶ Federal Supreme Court of Switzerland: X (Switzerland) v. Y (Hungary). Case No. 4A_108/2009. June 9, 2009. – *ASA Bulletin*. Vol. 28. Issue 3. The Hague: Kluwer Law International. 2010. P. 557-559.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ Federal Supreme Court of Switzerland: X SA. (Belgium) v. Y SA. (Spain). Case No. 4A-254/2010. August 3, 2010. P. 809-811. См.: [Alberti 2011:17].

¹⁹ Ibidem.

²⁰ High Court of Singapore: TMM Division Maritima SA de CV v. Pacific Richfield Marine Pte Ltd. September 23, 2013. Para. 63. URL: https://www.elitigation.sg/gd/s/2013_SGHC_186 (accessed 01.04.2023).

²¹ Ibidem.

²² High Court of Hong Kong: Pac. China Holdings (in liq) v. Grand Pac. Holdings. Decision of the Court of First Instance. 2011. URL: https://jsumundi.com/en/document/decision/en-grand-pacific-holdings-ltd-v-pacific-china-holdings-ltd-decision-of-the-hong-kong-court-of-first-instance-wednesday-29th-june-2011#decision_14427 (accessed 01.04.2023).

В доктрине также высказываются опасения, что толкование критерия «предвидимости» может быть истолковано настолько широко, что требование о соблюдении права стороны быть услышанной будет иметь формальный характер. Например, отсутствие уведомления со стороны арбитров о том, что они применили нормы, которые не были упомянуты в процессуальных документах и в ходе арбитражного разбирательства, не означает нарушение права стороны быть услышанной, так как «в принципе, *due process* соблюден, поскольку «стороны должны были знать, что арбитры знают право и применяют его»²³.

Данный подход является в определенной степени радикальным и не соответствует практике международного коммерческого арбитража, однако мы можем обнаружить его в инвестиционном арбитраже. Так, комитет МЦУИС отметил следующее: «хотя решение оказалось для всех или некоторых сторон непредсказуемым в силу применения норм, на которые они не ссылались, данное обстоятельство ни в коем случае не беспрецедентно в практике принятия решений и не является основанием для его отмены»²⁴. Ссылки на данное дело, в частности, на приведенную цитату из него, встречаются также в *Helnan International Hotels A/S v. Arab Republic of Egypt*²⁵, *Caratube International Oil Co. LLP v. Republic of Kazakhstan*²⁶, *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt*²⁷.

5. Expediency and efficiency

Третий вид ограничения реализации принципа *jura novit arbiter* выражается в требовании, предъявляемом третейскому суду, к скорости и эффективности арбитражного разбирательства (*expediency and efficiency*).

Для того чтобы обосновать необходимость отдельного рассмотрения данного вида ограничения и продемонстрировать его взаимодействие с принципом *jura novit arbiter*, смоделируем арбитражное разбирательство. Стороны представили свои правовые позиции по вопросу применения, толкования норм и т.д. Однако арбитр не согласен со всеми положениями, поэтому он выдвигает иные правовые аргументы и уведомляет об этом спорящие стороны, предоставляет им возможность ознакомиться и прокомментировать допустимость их применения [Mantakou 2014:497]. Затем возникают иные подобные предложения *sua sponte*, что свидетельствует о необходимости повторного запуска ознакомления сторон с новыми правовыми положениями. Одновременно данная обязанность предоставить сторонам возможность прокомментировать должна быть соблюдена с учетом необходимости обеспечить оптимальную скорость рассмотрения дела. Отсюда вытекает важный и сложный вопрос об обеспечении надлежащего арбитражного разбирательства в условиях регулярного возникновения новых правовых оснований и ограниченного времени [Kurkela 2004:224]. По этому вопросу красноречиво высказался комитет ICSID по делу *Mr. Tza Yap Shum v. Republic of Peru*: «аргумент Республики Перу содержит пример сокращения *ad infinitum*, который иллюстрируется парадоксом Зенона: если предположить, что время состоит из множества моментов, то стрела, которая за один момент не проходит никакого расстояния, не движется, поэтому она никогда не сможет достигнуть цели. Таким образом, арбитр никогда не сможет вынести решение, если будет постоянно представлять сторонам для ознакомления мотивы решения, поднятые *ex officio*»²⁸.

²³ Lévy L. 2009. Jura Novit Curia? The Arbitrator's Discretion in the Application of the Governing Law. – *Kluwer Arbitration Blog*. March 20, 2009. URL: <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2009/03/20/jura-novit-curia-the-arbitrators-discretion-in-the-application-of-the-governing-law/> (accessed 01.05.2023).

²⁴ ICSID : Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic. Case No. ARB/97/3. Decision on Annulment. July 3, 2002. Para. 84. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0210.pdf> (accessed 01.05.2023).

²⁵ ICSID: Helnan International Hotels A/S v. Arab Republic of Egypt. Case No. ARB/05/19. Decision of the ad hoc Committee. June 14, 2010. Para. 23. URL: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0400_0.pdf (accessed 01.05.2023).

²⁶ ICSID: Caratube International Oil Co. LLP v. Republic of Kazakhstan. Case No. ARB/08/12. Decision on Annulment. February 21, 2014. Para. 93. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3082.pdf> (accessed 01.05.2023).

²⁷ ICSID: Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt. Case No. ARB/98/4. Decision - Annulment Proceeding. February 5, 2002. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0903.pdf> (accessed 01.05.2023).

²⁸ ICSID: Mr. Tza Yap Shum v. Republic of Peru. Case No. ARB/07/6. Decision on Annulment. February 12, 2015. Para. 131. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4371.pdf> (accessed 01.05.2023).

Последствия ограничения

В приведенном примере можно обнаружить две сферы применения доктрины *jura novit arbiter*, которая охватывает материально-правовые и процессуальные вопросы. В материально-правовой плоскости принцип оказывает влияние на то, какие нормы будут положены в основу арбитражного решения, каковыми будут их содержание и вариант толкования. В процессуальной форме принцип выражается в реализации арбитрами своих дискреционных полномочий, которые в силу особенностей международного арбитража подвергаются серьезным ограничениям, происходящим из его фундаментальных принципов. Таким образом, сфера применения доктрины носит довольно широкий характер, однако вполне естественно, что такая разнонаправленность не может не порождать противоречий.

Как продемонстрировано в примере, столкновение полярных сфер действия принципа заключается в том, что стремление обеспечить процессуальные требования реализуется в ущерб материально-правовой составляющей арбитражного решения [Mohamed 2017:421]. Так, на стадии отмены или признания и приведения в исполнение государственные суды осуществляют контроль в первую очередь за соблюдением принципов ведения надлежащего арбитражного разбирательства. Однако они не проверяют содержание акта по существу. Поэтому в доктрине отмечается, что в целях обеспечения исполнимости своего решения арбитры могут оказаться быть склонными к тому, чтобы больше внимания уделить процессуальным аспектам применения института *jura novit arbiter* [Mohamed 2017:421]. Действительно, на одной чаше весов находятся *due process, ne ultra petita, expediency and efficiency*, а на другой - применение права, которое суды не смогут проконтролировать, так как не пересматривают дело по существу (за исключением случаев явного пренебрежения законом (*manifest disregard of the law*)).

Из вышеописанного можно сделать вывод, что неблагоприятным результатом ограничения принципа *jura novit arbiter* могут быть ошибки в применении права, риски некорректного толкования, обхода закона и т.д. Представляется, что при таком ограничении существует риск возникновения противостояния принципов *expediency and efficiency* и *jura novit arbiter*, нарушение баланса между которыми может стать причиной искажения содержания применимого права, что войдет в противоречие с принципом справедливости.

6. Заключение

В результате исследования авторы пришли к следующим выводам.

1. Применение принципа *jura novit arbiter* в международном арбитраже подлежит ограничению в целях обеспечения прав и законных интересов спорящих сторон. Установлено, что основными инструментами, ограничивающими свободу усмотрения третейского суда, являются принципы третейского разбирательства: 1) *ne ultra petita*, 2) *due process* и 3) *expediency and efficiency*.

2. Несмотря на необходимость установления допустимых границ применения принципа *jura novit arbiter*, ограничение дискреционных полномочий арбитров может вести к правовой неопределенности и непредсказуемости арбитражного разбирательства (см. ниже).

3. В силу принципа *ne ultra petita* арбитры связаны средствами правовой защиты, которые запросили стороны. Из данного правила есть исключения, однако отсутствует четкость их применения: когда у арбитров есть соответствующее право, а когда оно отсутствует.

4. Соблюдение принципа *due process* направлено на ограничение свободы усмотрения арбитров путем предоставления сторонам возможности прокомментировать вопросы, исследованные *sua sponte*. В случае предсказуемости того или иного толкования применимого права соответствующая обязанность отпадает. Однако предсказуемость – это оценочная категория. Наличие или отсутствие предвидимости всегда разрешается с точки зрения конкретного суда уже на этапе оспаривания или приведения в исполнение решения. В различных правопорядках при одних и тех же обстоятельствах суд может прийти к противоположным выводам по данному вопросу.

5. Ограничитель в виде принципа *expediency and efficiency* направлен на оптимальное использование времени арбитражного разбирательства и снижение расходов на его проведение. Однако временные ограничения в рамках применения *jura novit arbiter* могут оказать отрицательный эффект на материальную часть арбитражного решения: существенные аспекты применения материального права могут быть искажены, поэтому приоритет приобретает необходимость сохранения баланса между принципами *jura novit arbiter* и *expediency and efficiency*.

Список литературы

1. Попов Е.В. 2017. Вопросы выбора применимого права в международном коммерческом и инвестиционном арбитраже. – *Международное экономическое право*. № 1. С. 45-54.
2. Alberti C.P. 2011. Iura Novit Curia in International Commercial Arbitration - How much justice do you want?. – *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution*. The Hague: Kluwer Law International. P. 3-32.
3. Alberti C.P., Bigge D. 2015. Ascertaining the content of the applicable law and jura novit tribunus: approaches in commercial and investment arbitration. – *Dispute Resolution Journal*. Vol. 70. No. 2. P. 1-20.
4. Born G. 2014. *International commercial arbitration*. 2nd ed. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law & Business. 4408 p.
5. Capper M. 2014. Proving the Contents of the Applicable Substantive Law(s). – *The application of substantive law by international arbitrators. Institute Dossier XI*. Paris: ICC. P. 31-54.
6. *Concise International Arbitration*. Ed. by L.A. Mistelis. 2010. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International. 1115 p.
7. Dimolitsa A. 2009. The equivocal power of the arbitrators to introduce ex officio new issues of law. – *ASA Bull.* Vol. 27. Issue 2. P. 427-440. DOI: <https://doi.org/10.54648/asab2009042>
8. Ferrari F., Kröll S. 2019. *Conflict of Laws in International Commercial Arbitration*. New York: Juris. 472 p.
9. *Fouchard Gaillard & Goldman on International Commercial Arbitration*. Ed. by E. Gaillard and J. Savage. 1999. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International. 1280 p.
10. Hunter M. Philip A. 2014. The Duties of an Arbitrator. – *The leading arbitrators' guide to international arbitration*. New York: JurisNet. P. 477-490.
11. Jarvin S. 1986. The Sources and Limits of the Arbitrator's Powers. – *Arbitration International*. Vol. 2. Issue 2. P. 140-163. DOI: <https://doi.org/10.1093/arbitration/2.2.140>
12. Kurkela M.S. 2004. Due process in arbitration: a Finnish perspective. – *Journal of International Arbitration*. Vol. 21. Issue 2. P. 221-225.
13. Lew J. 2011. Iura Novit Curia and Due Process. – *Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper*. No. 72/2010. 19 p. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID1733531_code1175289.pdf?abstractid=1733531&mirid=1 (accessed 01.04.2023)
14. Ly F. 2011. *Conflicts of Law in International Arbitration-An Overview*. Munich: European Law Publishers. 16 p.
15. Mantakou A.P. 2014. The misadventures of the principle jura novit curia in international arbitration-a practitioner's approach. – *Essays in honour of Spyridon V. Vrellis*. Ed. by I. Kunda. Athen: Nomiki Vivliothiki. P. 487-498.
16. Mohamed S.A.W. 2017. Ascertaining the content of the applicable law in international arbitration: converging civil and common law approaches. – *The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*. Vol. 83. Issue 4. P. 112-122.
17. Monteiro M.V. 2013. *Jura novit curia in international commercial arbitration*. Helsinki: University of Helsinki. 53 p.
18. Scherer M. 2005. The Recognition of Transnational Substantive Rules by Courts in Arbitral Matters. – *Towards a uniform international arbitration law?*. New York: IAI Series on International Arbitration. P. 91-121.
19. Wobeser C. 2011. The Effective Use of Legal Sources: How Much Is Too Much and What Is the Role for Iura Novit Curia?. – *Arbitration Advocacy in Changing Times*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International. P. 207-220.

References

1. Alberti C.P. Iura Novit Curia in International Commercial Arbitration - How much justice do you want?. – *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution*. The Hague: Kluwer Law International. 2011. P. 3-32.
2. Alberti C.P., Bigge D. Ascertaining the content of the applicable law and jura novit tribunus: approaches in commercial and investment arbitration. – *Dispute Resolution Journal*. Vol. 70. No. 2. P. 1-20.
3. Born G. *International commercial arbitration*. 2nd ed. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law & Business. 2014. 4408 p.
4. Capper M. Proving the Contents of the Applicable Substantive Law(s). – *The application of substantive law by international arbitrators. Institute Dossier XI*. Paris: ICC. 2014. P. 31-54.
5. *Concise International Arbitration*. Ed. by L.A. Mistelis. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International. 2010. 1115 p.
6. Dimolitsa A. The equivocal power of the arbitrators to introduce ex officio new issues of law. – *ASA Bull.* 2009. Vol. 27. Issue 2. P. 427-440. DOI: <https://doi.org/10.54648/asab2009042>
7. Ferrari F., Kröll S. *Conflict of Laws in International Commercial Arbitration*. New York: Juris. 2019. 472 p.
8. *Fouchard Gaillard & Goldman on International Commercial Arbitration*. Ed. by E. Gaillard and J. Savage. 1999. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International. 1280 p.
9. Hunter M. Philip A. The Duties of an Arbitrator. – *The leading arbitrators' guide to international arbitration*. New York: JurisNet. 2014. P. 477-490.
10. Jarvin S. The Sources and Limits of the Arbitrator's Powers. – *Arbitration International*. 1986. Vol. 2. Issue 2. P. 140-163. DOI: <https://doi.org/10.1093/arbitration/2.2.140>
11. Kurkela M.S. Due process in arbitration: a Finnish perspective. – *Journal of International Arbitration*. 2004. Vol. 21. Issue 2. P. 221-225.
12. Lew J. Iura Novit Curia and Due Process. – *Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper*. 2011. No. 72/2010. 19 p. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID1733531_code1175289.pdf?abstractid=1733531&mirid=1 (accessed 01.04.2023)
13. Ly F. *Conflicts of Law in International Arbitration-An Overview*. Munich: European Law Publishers. 2011. 16 p.
14. Mantakou A.P. The misadventures of the principle jura novit curia in international arbitration-a practitioner's approach. – *Essays in honour of Spyridon V. Vrellis*. Ed. by I. Kunda. Athen: Nomiki Vivliothiki. 2014. P. 487-498.
15. Mohamed S.A.W. Ascertaining the content of the applicable law in international arbitration: converging civil and common law approaches. – *The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*. 2017. Vol. 83. Issue 4. P. 112-122.

16. Monteiro M.V. *Jura novit curia in international commercial arbitration*. Helsinki: University of Helsinki. 2013. 53 p.
17. Popov E.V. Voprosy vybora primenimogo prava v mezhdunarodnom kommercheskom i investitsionnom arbitrazhe [Issues of Selection of Applicable Law in the International Commercial and Investment Arbitration]. – *Mezhdunarodnoe ekonomicheskoe pravo*. 2017. No. 1. P. 45-54. (In Russ.)
18. Scherer M. 2005. The Recognition of Transnational Substantive Rules by Courts in Arbitral Matters. – *Towards a uniform international arbitration law?*. New York: IAI Series on International Arbitration. P. 91-121.
19. Wobeser C. 2011. The Effective Use of Legal Sources: How Much Is Too Much and What Is the Role for *Jura Novit Curia?*. – *Arbitration Advocacy in Changing Times*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International. P. 207-220.

Информация об авторах**Дмитрий Леонидович Давыденко,**

к.ю.н., доцент кафедры международного права факультета международных отношений Белорусского Государственного Университета

Проспект Независимости, 4, Минск, 220030, Беларусь

dmitridavydenko@gmail.com

ORCID: 0000-0002-4379-0669

Ринчен Дасел Нгаванговна Муксунова,

студент магистерской программы «Международное частное право и разрешение международных коммерческих споров», Московский государственный институт международных отношений (Университет) МИД России

119454, Российская Федерация, Москва, проспект Вернадского, д. 76

dasel.muksunova@mail.ru

ORCID: 0009-0009-4817-525X

About the Authors**Dmitry L. Davydenko,**

Candidate of Sciences (Ph.D.) in Law, Associate Professor of the Department of International Law, Faculty of International Relations Belarusian State University

4, Nezavisimosti Avenue, Minsk, Belarus, 220030

dmitridavydenko@gmail.com.

ORCID: 0000-0002-4379-0669

Rinchen Dasel N. Muksunova,

Student of the Master Program "Private International Law and Resolution of International Commercial Disputes", Moscow State Institute of International Relations (University) MFA Russia

76, pr. Vernadskogo, Moscow, Russian Federation, 119454

dasel.muksunova@mail.ru

ORCID: 0009-0009-4817-525X