

**Б. С. ЛОБОВИК**

**Борис Сергійович Лобовик**, аспірант Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка

**ДО ПИТАННЯ ПРО ЗАСТОСУВАННЯ НЕНАЦІОНАЛЬНОГО ПРАВА  
МІЖНАРОДНИМ КОМЕРЦІЙНИМ АРБІТРАЖЕМ**

Сторони часто користуються арбітражем як основним методом розв'язання суперечностей та спорів між ними у сфері економічних торговельних відносин. Міжнародний комерційний арбітраж діє на договірній основі і його природа передбачає можливість формування за вибором сторін, це є прерогативою останніх. Заснування або обрання арбітражу здійснюється сторонами, між можливість обирати не тільки прийнятну арбітражну процедуру, а й прийняти (матеріальне) право. Рішення комерційного арбітражу, на відміну від рішень суду, є остаточними. Таким чином, будь-яке арбітражне провадження можна вважати завершеним.

Так, після того як арбітраж вирішив питання підсудності при передачі останньому справи сторонами, основною задачею трибуналу стає встановлення фактів, що мають відношення до спору. З цією метою арбітражний трибунал аналізує договір між сторонами, кореспонденцію між сторонами, протоколи зустрічей, документи бухгалтерського обліку, заслуховує свідків, залучає експертів, тощо. Після встановлення фактів арбітражний трибунал повинен вирішити справу по суті. Але це можна зробити або на основі певного права, або, у виключних випадках, на основі принципів *ex aequo et bono*, адже договір сторін, яким би детальним він не був і як би детально він не визначав права і обов'язки сторін, не може існувати у правовому вакуумі. Необхідна певна система правового регулювання, яка б визначала правила і надавала необхідні вказівки щодо тлумачення договору, дійсності договору та правових наслідків його недійсності<sup>1</sup>.

Отже, для вирішення справи по суті арбітражному трибуналу не достатньо просто проаналізувати договір сторін. Слід також встановити, яке матеріальне право застосовується до правовідносин сторін, і правильно його застосувати.

Міжнародний комерційний арбітраж як форма альтернативного вирішення спорів передбачає денационалізацію органу, який вповноважений вирішувати спір між сторонами. Ця денационалізація проявляється і, зокрема, в тому, що, незалежно від того, чи сторони обрали інституційний чи *ad hoc* арбітраж, арбітражний трибунал, на відміну від національного суду, не зобов'язаний використовувати певні національні норми міжнародного приватного права при застосуванні матеріального права. З одного боку, денационалізація надає арбітрам максимальної гнучкості при вирішенні спору між сторонами і забезпечує максимальну рівність можливостей сторін, враховуючи міжнародний характер їх правовідносин. З іншого боку, такий стан речей обумовлює цілі групи проблем, що постають перед арбітрами при вирішенні спорів, пов'язаних з визначенням і застосуванням матеріального права, які не характерні для суддів національних судів.

Як правило, в першу чергу арбітражний трибунал в питанні про визначення матеріального права, що підлягає застосуванню, і, власне, застосуванню цього права, керується вибором сторін спору. Проте, при визначенні і застосуванні матеріального права арбітражний трибунал повинен керуватися також відповідним арбітражним регламентом, положеннями *lex arbitri*, які мають переважну силу по відношенню до норм арбітражного регламенту. Крім того, трибунал має брати до уваги і умови визнання і виконання арбітражного рішення в юрисдикціях, в яких виникне в майбутньому потреба такого визнання і виконання.

Якщо при виборі сторонами спору в якості матеріального права національного права певної країни проблеми арбітражного трибуналу зводяться до питань встановлення змісту норм права цієї країни, обсягу його застосування, співвідношення з нормами публічного порядку й імперативних норм в юрисдикціях визнання та виконання, то при виборі синтетичного поєднання права різних юрисдикцій або виборі ненаціонального права в міжнародній практиці коло проблем, з якими зіштовхується арбітражний трибунал, є ширшим.

Дійсно, як правило, сторони договору обирають національне право однієї зі сторін в якості такого, що матиме застосовуватися до їх правовідносин. Однак, у разі відсутності прямої вказівки сторін на право для регулювання їх контрактних відносин, при передачі до розгляду спірних питань між ними до арбітражу, арбітри самі визначають право для застосування до справи при розгляді по суті. При цьому арбітри не обов'язково звертаються виключно до національної правової системи. Відповідно, інколи арбітри мають звертатися до «права» (правової системи в цілому), а не до різних норм права.

У середині минулого століття домінував підхід за якого сторони, які передавали справу на розгляд певного трибуналу, презюмовано погоджувалися на те, що трибунал буде застосовувати право за місцем розгляду справи (у відповідності до принципу *qui eligit judicem eligit jus* тобто «хто обирає суддю обирає і право»)<sup>2</sup>. Такий підхід був поширений у таких державах як Франція, Німеччина, Англії. Однак, у 1970 році Палатою лордів це правило було пом'якшено, разом із прийняттям рішенням по справі *Compagnie d'armement mar-*

*itime*, коли було вирішено, що передача її на розгляд до англійського арбітражу не обов'язково передбачає виключне застосування англійського права в якості матеріального. Таке право розглядається як одне на вибір сторін. Трохи пізніше Палата лордів продовжила дану практику, вказавши на те, право, застосовуване до контракту, може відрізнитися навіть від права, яким врегульовано роботу трибуналу, навіть за умов відсутності прямої вказівки на це сторонами<sup>3</sup>.

Таким чином відбувався поступовий відхід від обов'язкової прив'язки права місця засідання арбітражного трибуналу, тобто права, яким регулювалося створення та діяльність трибуналу та матеріального права, застосовуваного до договору між сторонами. Однак, на думку чималої кількості вчених, обрання відповідного органу для розгляду спорів має вказувати на бажання сторін застосуватися саме право у юрисдикції такого органу<sup>4</sup>.

Стаття 17(1) Арбітражного регламенту Міжнародної торговельної палати (далі – МТП) передбачає, що арбітражний трибунал застосовуватиме норми права, які на його думку є найбільш підходящими. Це положення відрізняється від попередньої редакції, в якій у статті 13(3) передбачалось, що арбітри «застосовуватимуть право, яке на думку арбітра найбільше підходить відповідно до колізійних норм до обставин справи, щоб таким чином виключити випадки застосування *lex mercatoria* арбітрами<sup>5</sup>.

Все ж, необхідно з'ясувати, яким чином арбітри визначають, яке право має бути застосоване, якщо сторони не обрали право самостійно. Перш за все, варто звернути увагу на положення Європейської конвенції про зовнішньоторговельний арбітраж 1961 року (далі – Європейська конвенція 1961 року), в якій йде мова про надання арбітрам право вирішувати, яку колізійну норму застосовувати, тобто, яка норма є «найбільш підходящою або влучною» (англ. – *appropriate or applicable*). Стаття VII Європейської конвенції 1961 року робить арбітра «творцем права» в деякому сенсі, оскільки він також не зобов'язаний застосовувати колізійні норми національної держави<sup>6</sup>. Це ж саме положення закріплено і в Модельному законі ЮНСІТРАЛ та дуже схожі положення, що закріплюють відносну свободу арбітрів, можна зустріти в Арбітражних правилах Європейської економічної комісії ООН, Арбітражних правилах Економічної комісії для Азії та Далекого Сходу.

Серед критеріїв, якими керуються арбітри, треба виділити наступні чотири критерії, які зазвичай використовуються. Один з методів полягає у застосуванні усіх колізійних норм, що відповідають місцю розташування арбітражу. Цей метод є досить поширеним, не дивлячись на те, що піддається критиці<sup>7</sup>. Так, наприклад, англійський арбітр при вирішенні справи по суті зобов'язаний застосовувати колізійні прив'язки, щоб визначити матеріальне право, відповідно до Положення про арбітражний статут, однак він не матиме обов'язку обирати саме англійське загальне право в якості матеріального. Він може заохочуватися до цього вищезазначеним Положенням, а також інкорпорованою у внутрішнє законодавство Римською конвенцією про право, що застосовується до договірних зобов'язань 1980 року.

Інший важливий підхід, який може послугувати арбітру, це відомий у доктрині метод *trunc-commun* (англ. - *the common trunk*). Варто відзначити, що у деяких випадках виникає ситуація, коли сторони мають намір, щоб до їх правовідносин застосовувалося відразу декілька систем права в тому чи іншому вигляді. Тобто, відбувається розщеплення – *depeage* – матеріального права.

Видається, що варто зупинитися більш детально на цій ситуації. Необхідність такої складної конструкції може обумовлюватися, наприклад, тим, що однією зі сторін договору є суб'єкт публічного права, і використання поєднання національного права цього суб'єкта з якимось іншим правом, з одного боку, віддасть належне особливому його статусу, а з іншого боку, створить механізми забезпечення захисту іншої сторони від змін в національному законодавстві тієї першої сторони, які б негативним чином відбилися на паритеті прав і обов'язків сторін чи на можливості ефективної правореалізації. Наприклад, якщо держава припиняє довгостроковий інвестиційний договір шляхом здійснення націоналізації в певній промисловості, вона це робить очевидно, законним шляхом в розумінні її власного законодавства. Однак, така націоналізація може не відповідати принципам міжнародного права, якщо вона є, наприклад, дискримінаційною та не була викликана певною суспільною/державною необхідністю і не передбачала справедливую компенсацію особам, інтереси яких в такому випадку зачіпаються.

Проте *depeage* застосовується й у випадках, коли стороною договору не обов'язково є держава чи суб'єкт публічного права. У міжнародному приватному праві існує доктрина *trunc commun*, яка базується на презумпції, що, у випадку, коли сторони договору самі могли б визначити, яке право буде матеріальним правом договору, вони б обрали своє власне національне право. Якщо це право не співпадає, то чому ж не обумовити, що до правовідносин сторін застосовуються лише спільні для двох національних правових систем<sup>8</sup>.

Із прийняттям Європейської конвенції 1961 року арбітри отримали можливість виступати «дружніми посередниками» у спорах: на власний розсуд у разі відсутності вказівки, власне, сторін, обирати застосовуване право та колізійну норму, а також керуватися торговими звичаями (стаття 7). Крім того, дане положення було втілено відповідно у Арбітражному регламенті Міжнародної торгової палати від 1975 року, а також у Правилах ЮНСІТРАЛ 1976 року.

Цікаво відмітити також, що часто сторони прямо демонструють волю і при не обранні конкретного права для регулювання відносин між ними. Такий вибір сторін у доктрині називають «негативним». Потреба в закріпленні такого варіанту з'являється, коли сторони не можуть досягти компромісу щодо матеріального права, але при цьому впевнені, що вони бажають виключити власне національне право із застосування. Так, вони обирають ненаціональне право для застосування.

Крім того, варто відзначити і метод, що полягає лише у застосування загальних принципів міжнародного приватного права або міжнародних колізійних, характерних для різних правових систем та закріплених такими міжнародними документами, як Гаазька конвенція про право, застосовуване до міжнародної купівлі-продажу товарів 1965 року (далі – Гаазька конвенція 1965 року) та Римською конвенцією 1980 року<sup>9</sup>. В цілому, такий підхід до цих принципів свідчить про сприйняття їх не як формальних правил поведінки, а як правил, визнаних міжнародним співтовариством. Саме такий підхід робить їх обов'язковими до застосування арбітрами.

Останній метод полягає у наданні арбітрам повної свободи застосовувати будь-які колізійні норми, які вони вважають найбільш підходящими із єдиним застереженням про передбачуваність їх вибору<sup>10</sup>.

Таким чином, сторони мають право обирати ненаціональне право в якості матеріального права, яке застосовуватиметься до їх правовідносин. У такому випадку, коли сторони обирають не певне національне право – багаторівневу систему регулювання, яка, як правило, розвивається і вдосконалюється десятки або навіть сотні років і спроможна дати відповідь на будь-яке спірне питання, що виникає між сторонами, а, наприклад, «гібрид» систем національного права, норми міжнародного публічного права, норми *lex mercatoria*, норми певного міжнародного договору тощо. Слід відмітити, що арбітражний трибунал, по-перше, не завжди спроможний чітко окреслити коло норм, які входять до такого ненаціонального права. По-друге, трибунал не завжди знаходить відповідь на основі правових норм і принципів, які входять до складу системи ненаціонального права, обраного сторонами, на ті спірні питання, які виникають між ними.

Інша група проблем виникає у випадку, коли сторони обрали в якості способу розв'язання спорів, що виникають з певних договірних правовідносин, міжнародний комерційний арбітраж, але не зробили вибір матеріального права, яке має застосовуватися до їх правовідносин. У цьому випадку арбітражний трибунал, як правило, в залежності, звичайно, від положень арбітражного регламенту та *lex arbitri*, застосовує або певну колізійну норму, яке визначає належне матеріальне право, або обирає таке право напряму. При цьому, зрозуміло, виникають питання, яким чином визначати таке належне право/колізійну норму, наскільки глибоко аналізувати наміри сторін з метою встановлення опосередкованого вибору права, яким чином обґрунтовувати той чи інший вибір.

Міжнародний комерційний арбітраж все ж досить часто в якості матеріального права застосовуються норми ненаціонального права. Таким чином він дистанціюється від певного національного права, яке або надає перевагу одній із сторін спору, або просто не враховує особливості конкретної міжнародної трансакції. На це його часто уповноважують сторони безпосередньо або за умов не визначення останніми матеріального права для застосування до вирішення спорів між ними, трибунал сам вдається до використання такого права.

<sup>1</sup> Закон України «Про міжнародне приватне право» від 23.06.2005 № 2709-IV / Відомості Верховної Ради України від 12.08.2005 – 2005 р. – № 32.

<sup>2</sup> Poudret J.-F., Besson S. Comparative Law of International Arbitration / J.-F. Poudret, S. Besson. – Oxford: Sweet & Maxwell, 2007. – P. 952.

<sup>3</sup> James Miller v. Whitworth Street Estates, 1970, 1 Lloyd's Rep. 269.

<sup>4</sup> Redfern A., Hunter M. On International Arbitration / A. Redfern, M. Hunter C. – N. Y.: Oxford University Press, 2009. – P. 809.

<sup>5</sup> Арбитражный регламент Международной торговой палаты [Электронный ресурс]. – Способ доступа: [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/988\\_008](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/988_008). – Название с экрана.

<sup>6</sup> Lando O. The Law Applicable to the Merits of the Dispute / O. Lando. – The Hague: Kluwer Law International, Vol. 2, Issue 2, 1986. – P. 115.

<sup>7</sup> Poudret supra ii, – P. 583.

<sup>8</sup> Rubino-Sammartano M. International Arbitration Law / M. Rubino-Sammartano. – The Hague: Kluwer Law International, 1990. – P. 274.

<sup>9</sup> Born G. International Commercial Arbitration / G. Born. – The Hague: Wolters Kluwer, 2009. – P. 1734.

<sup>10</sup> Fouchard E., Gaillard E., Goldman B. On International Commercial Arbitration. The Hague: Kluwer Law International, 1999. – P. 1320.

#### Резюме

Актуальність теми полягає в необхідності розглянути право та особливості застосування міжнародним комерційним арбітражем ненаціонального права з метою сприяти систематизації такого правового регулювання, визначити правила і надати необхідні вказівки щодо тлумачення договору, його дійсності та правових наслідків його недійсності. Цей напрямок досліджується, зокрема, такими зарубіжними вченими, як А. Редферн, М. Хантер, Л. Містеліс, П. Бергер, М. Рубіно-Самаргано, В. Парк.

**Ключові слова:** ненаціональне право, арбітраж, сторони, договір.

#### Резюме

Актуальность темы заключается в необходимости рассмотреть право и особенности применения международным коммерческим арбитражем ненационального права с целью способствовать систематизации данного правового регулирования, определить правила и предоставить необходимые указания касательно толкования договора, его действия и правовых послед-

ствий его недействительности. Это направление исследуется такими иностранными учеными, как А. Редферн, М. Хантер, Л. Мистелис, П. Бергер, М. Рубино-Самарitano, В. Парк.

**Ключевые слова:** ненациональное право, арбитраж, стороны, договор.

#### Summary

The main task of this article is to analyze laws and the particular aspects of the application of non-national laws by the international commercial arbitration in order to foster systematization of the legal regulation in the field, to determine rules and regulations required to help construing a contract, the grounds of its validity and consequences of its non-validity. The leading experts in the field are A. Redfern, M. Hunter, L. Mistelis, P. Berger, M. Rubino-Sammartano, B. Park.

**Key words:** non-national laws, arbitration, parties, contract.

Отримано 6.12.2011

#### Ю. І. МАТАТ

*Юрій Ігорович Матат, аспірант Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»*

### ПРАКТИКА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ В МЕХАНІЗМІ ПОДОЛАННЯ ПРОГАЛИН У ЗАКОНОДАВСТВІ

Ратифікація Україною Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод 1950 р. покладає на нашу державу обов'язок неухильного додержання зобов'язань за цим міжнародно-правовим документом, зокрема щодо реального втілення верховенства права, гарантування прав людини та основних свобод, усвідомлення останніх як фундаментальної правової цінності.

Визначення юридичної природи рішень Європейського Суду з прав людини (далі – Суду), їхніх ролі та місця в національній правовій системі є необхідним для з'ясування можливості застосування прецедентної практики Суду та положень Конвенції в умовах недосконалості окремих норм національного законодавства, повної або часткової відсутності правового регулювання.

Проблематику застосування практики Європейського Суду з прав людини, а також способів імплементації правових позицій, що становлять її зміст, у національну правову систему, досліджувалася такими вченими, як М. В. Буроменський, В. І. Євінтов, М. І. Козюбра, В. П. Паліюк, П. М. Рабінович, Р. Б. Хорольський, С. В. Шевчук та ін. Водночас слід зазначити, що дослідниками по-різному розуміється феномен прецедентного права. Так, П. М. Рабінович та С. В. Шевчук наголошують на ціннісному аспекті рішень Суду в контексті втілення верховенства права і забезпечення прав та основних свобод людини, у той час як В. О. Туманов розглядає судовий прецедент як специфічний принцип здійснення правосуддя, підкреслюючи особливу роль судової практики в правозастосовній діяльності Європейського Суду з прав людини<sup>1</sup>.

Зміст норм Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод (далі – Конвенції), а отже – розуміння закріплених нею прав людини та основних свобод може бути з'ясовано лише шляхом їх тлумачення<sup>2</sup>. Це пояснюється тим, що норми Конвенції мають загальний характер, і права людини здебільшого конститууються в абстрактній, нерідко оціночній формі, а тому й розкриття змісту цих положень найліпше здійснювати через конкретні рішення Суду, які дають змогу глибше зрозуміти зміст та обсяг гарантованих Конвенцією прав і відповідно реалізувати ефективний захист кожного порушеного права<sup>3</sup>.

Україною як державою – учасницею Ради Європи Конвенцію було належним чином ратифіковано, про що ухвалено відповідний закон від 17.07.1997 р.<sup>4</sup>. Отже, наявні всі підстави для застосування її положень усіма юрисдикційними органами держави з моменту оприлюднення. Водночас при визначенні місця Конвенції про захист прав та основоположних свобод людини в правовій системі України необхідно враховувати ряд положень: (а) принципи і норми Європейського співтовариства (положення Конвенції та рішення Суду) мають верховенство над національним правом незалежно від його джерел, включаючи і Основний Закон для держав-учасниць (ґрунтується на підставі рішення Суду у справі № 6/64 від 15 липня 1964 р. «Коста проти Італії»); (б) якщо права не передбачені в Основному Законі, їх реалізація можлива безпосередньо на підставі положень Конвенції; (в) у разі наявності суперечностей норм Конвенції із нормами Основного Закону пріоритет мають положення Конвенції; (г) визнання в Україні на законодавчому рівні прецедентного права щодо рішень Суду, що впливає зокрема зі змісту ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського Суду з прав людини» від 23.02.2006 р.<sup>5</sup>. На підтвердження зазначеного як приклад слід навести рішення Суду від 18 грудня 2008 р. у справі «Луценко проти України». Так, Суд визнав наявність порушень п. 1 ст. 6 Конвенції, що були допущені судами першої та касаційної інстанцій внаслідок того, що на обґрунтування висновку про винуватість заявника було використано протокол допиту