

СУЧАСНІ АСПЕКТИ МІЖНАРОДНОГО КОМЕРЦІЙНОГО АРБІТРАЖУ

Стаття присвячена аналізу норм сучасного lex mercatoria і їх застосуванню в практиці міжнародного комерційного арбітражу.

Сьогодні важко переоцінити ту роль, яку відіграють зовнішньоекономічні відносини в житті будь-якої держави. Тому така велика увага приділяється їх зміцненню та розвитку, а, отже, й тим правовим нормам, що, з одного боку, регулюють ці відносини, а з іншого — гарантують їх нормальний розвиток, захист законних прав та інтересів суб'єктів цих відносин. Традиційно ці норми відносять до міжнародного приватного права. Однак процес розвитку і глобалізації світової економіки викликав гостру необхідність нових, адекватніших засобів і методів правового регулювання зовнішньоекономічних відносин. Учасники світового торгового обороту почали самостійний пошук альтернативних

до міжнародного приватного права засобів правового регулювання своїх взаємовідносин. Внаслідок цього пошуку в останні десятиліття минулого століття почався процес формування нового правового явища, яке в юридичній літературі отримало назву lex mercatoria.

Нині концепція lex mercatoria є альтернативним колізійному методу способом правового регулювання зовнішньоекономічних операцій. Концепція lex mercatoria є однією з найбільш суперечливих концепцій міжнародного публічного та міжнародного приватного права. Суперечливість lex mercatoria зумовлена недостатньою визначеністю і чіткістю цього терміна, а також і тим, що lex mercatoria є

відносно новим явищем соціального життя і перебуває в стані постійного становлення під впливом швидких і змінних процесів розвитку світової економіки. Термін "*lex mercatoria*" в перекладі з латинської означає торгове право, проте в юридичній літературі нема єдиної думки щодо цього. Поряд з цим терміном у доктрині міжнародного права пропонувалися ще й такі терміни, як, наприклад, "транснаціональне право" (Ф. Джессеп), "позанаціональне право". Разом з тим, деякі автори, ведучи мову про *lex mercatoria*, надають перевагу вживанню ще й таких термінів, як "право міжнародної торгівлі" (Луссуарн і Вреден), "міжнародне торгове право" (Б. Голдман), "міжнародне право підприємницької діяльності" (Ж. Шапіра) [1, 2, 3, 4, 5].

Деякі юристи бачать в *lex mercatoria* "загальні принципи і звичаєві правила", "однакові правила, прийнятні у всіх країнах", "договірну практику, домовленості, приписи і рішення, які складають сукупність норм звичаєвого права, яке є основою, на якій будувалося і будується національне та міжнародне комерційне законодавство", а також "міжнародну систему права, засновану на комерційних домовленостях і договірній практиці" [6].

Часто автори вживають термін "*lex mercatoria*" завдяки його зручності, навіть не турбуючись його визначенням. Основний смисл теорії *lex mercatoria* полягає в обґрунтуванні автономності, відокремленості регламентації міжнародних торгових угод від національних правових систем.

Серед вчених-юристів ще не склалося загально визнаного наукового визначення *lex mercatoria*. Один із засновників та авторів цієї концепції, французький професор Голдман вважав, що *lex mercatoria* є сукупністю принципів, інститутів і норм, які впливають з усіх джерел, що охоплюють юридичні структури і діяльність учасників міжнародної торгівлі. Він бачив його "славетного предтечу у римському *jus gentium*" (*міжнародному праві*), яке охарактеризував "як автономне джерело права, придатного для економічних взаємин (*commecium*) між громадянами та іноземцями (*peregrine*)" [7].

Впадають в око дві переваги таких правових норм: по-перше, вони викликані необхідністю відтворювати реальні ділові потреби й інтереси; по-друге, вони повинні застосовуватись однаково і, отже, уникати залежності від особливостей різних національних законів. Деякі коментатори сприймають становлення нового торгового закону схвально; інші виявляють стриманий скептицизм (у контексті державних договорів) і вважають, що його час минув, оскільки тепер існують складніші закони і норми; ще інші ставляться до нього відверто вороже.

Для професора Голдмана характерні риси торгового закону полягають у його "звичній" і "стихий-

ній" природі. Ось його думка про міжнародні комерційніносунки:

"... вони можуть прекрасно регулюватися пакетом окремих правил, включаючи транснаціональний звичай, загальні принципи права та арбітражне прецедентне право. Байдуже, якщо цей пакет норм не є частиною правового порядку, що включає і його власні законодавчі та юридичні органи. До цього пакету, що містить загальні принципи права, зазначені у СТ. 38 (а) Статуту Міжнародного Суду, можуть додаватися принципи, які поступово формуються практикою міжнародної торгівлі" [8].

Відповідно до СТ. 38 (2) МС також має право розв'язувати справу *ex aequo et bono* (по справедливості), якщо сторони з цим погоджуються, але поки він це право не використав. Існує широкий юридичний коментар, у тому числі й коментар самого Суду, про значення термінів, використаних у СТ. 38 (1).

Для розуміння суті *lex mercatoria* слід звернутися до літератури, присвяченої *lex mercatoria* і міжнародним комерційним судам, у якій робляться посилання на *lex mercatoria*. У науковому огляді Лорда Мастіла можна знайти двадцять можливих правил торгового закону [9].

Серед правил торгового закону, у відповідності з його визначенням, є головне правило про те, що договори треба виконувати згідно з їхніми умовами — *pacta sunt servanda*. Але ця умова може бути послаблена через принцип, за яким, з огляду на певні довготермінові договори, обставини можуть змінювати розвиток справи (*rebus sic stantibus* — *за незмінного стану речей*).

Інші принципи передбачають вимоги, щоб договори виконувалися сумлінно; щоб державний суб'єкт не міг уникнути виконання своїх зобов'язань, заперечуючи свою правоздатність робити обов'язкове арбітражне застереження; що невиконання зобов'язання однією стороною може звільнити від нього іншу (принцип *exemptio pop adimplenti contractus* — *вилучення не виконує дого ворів*), і що сторона повинна діяти негайно, домагаючись своїх прав, під загрозою втратити їх своєю відмовою.

Ці принципи прийнятні як загальні пропозиції, але їх недостатньо, щоб бути правилами для застосування.

Проблеми, пов'язані з новим *lex mercatoria*, можна поділити на три головні категорії. По-перше, не існує чіткого консенсусу щодо його джерел, хоча низка джерел може бути віднайдена в літературі. По-друге, не зовсім ясно, де новий *lex mercatoria* може застосовуватися. По-третє, новий торговий закон є дуже малозмістовний.

З огляду на ці проблеми найцікавіше, як з'ясувати зміст *lex mercatoria*, що й стало темою цього дослідження. Адже на сьогодні очевидно, що ці

правила, хоч і слугують для пошуків розв'язання комерційних конфліктів, але ще не можуть відігравати істотну роль як інструмент постійного і передбачуваного застосування.

Треба взяти до уваги, що *lex mercatoria* справив вплив на закон про міжнародний комерційний арбітраж. Він також змушує обидві сторони угоди звертатися до міжнародного комерційного арбітражу.

Коли сторони міжнародного комерційного договору домовляються, що будь-яка суперечка між ними регулюватиметься *lex mercatoria*, тоді виникають два головні питання. Перше: чи буде національний суд виконувати угоду сторін, якщо виникне така потреба. Друге: чи такий суд виконає арбітражне рішення, ухвалене у відповідності з цією угодою, якщо виникне в цьому потреба? Відповідь на обидва запитання має бути ствердна. Якщо сторони домовляються про окремий спосіб розв'язання суперечки, суд має бути готовий виконати цю угоду за нормальними договірними принципами: зробивши вибір у методі розв'язування суперечки, сторони повинні імплементувати його. А потім, якщо третейський суд мусить виконувати завдання, доручене йому, і вирішить справу у відповідності з нормами закону, обраного сторонами, тоді, нібито, суд не матиме підстави відмовити у виконанні арбітражного присуду.

Асоціація Міжнародного Права своїм рішенням вказує, що хоч міжнародний арбітр повинен більше спиратися на транснаціональні норми (загальні принципи права, принципи, спільні для кількох юрисдикцій, звичаї торгівлі тощо), ніж на закон окремої держави, це не впливає на чинність чи на виконуваність арбітражного присуду у випадках:

- 1) коли сторони домовилися, що арбітр повинен застосовувати транснаціональні правила;
- 2) коли сторони промовчали щодо застосовного закону [10].

Це рішення відбиває позицію, яку займають багато національних судів, включаючи Австрійський Верховний Суд, Французький Суд та Англійський Апеляційний Суд. Рішення Англійського Суду впливає з арбітражу Міжнародної Торгової Палати, який відбувся у Женеві і стосувався угоди про розробку нафтових і газових родовищ. Арбітри визначили належний закон, що регламентує самостійні зобов'язання сторін "прийняти міжнародні принципи права, яке регулює договірні стосунки". В Англійському Апеляційному Суді було заявлено, що державній політиці суперечило б виконання арбітражного рішення, яке визнає права сторін не на підставі якогось окремого закону, а "за певними невизначеними і, можливо, погано окресленими, прийнятими у міжнародному масштабі, принципами права". Цей аргумент був відкинутий Апеляційним Судом [11].

У справі *Richardson v. Mellish* (1824) 2 Бінг. 229—252. (1824—34) Алл. Е. Р. 258—266, сторони, обираючи для арбітражу правила Міжнародної Торгової палати і, зокрема, статтю 13.3, залишили право арбітрам обирати належний закон і не збиралися зупинити вибір на національній правовій системі [12]. З цього можна висувати, що вибір арбітрами належного закону — спільного знаменника принципів, покладених в основу законів багатьох націй для регулювання договірних прав — не суперечить меті вибору, який сторони залишили на розгляд арбітрів.

Загальні принципи права містять цінне джерело закону як у державній, так і в приватній сфері. На жаль, те, як ними скористався одного разу міжнародний арбітр, заслуговує гострої критики. Єдиний арбітр на арбітражі *Petroleum Development* відмовився від закону зацікавленої держави на користь загальних принципів права на тій підставі, що державний закон не може "розумно довести, що він існує". Єдиний арбітр на арбітражі *Sapphire* знехтував іранський закон (який був одним із законів спільного *стовбура*, до яких принципи мають пряме відношення) на користь загальних принципів права. Єдиний арбітр в арбітражних справах *Texasco and the BP* знехтував чітке посилання на лівійський закон на користь, у першому випадку, публічного міжнародного закону, а в другому — на користь загальних принципів права [13].

А спричинило до цього в кожній з цих судових справ те, що арбітражний суд знехтував закон зацікавленої держави, чи то вважаючи його "неадекватним" (як в арбітражах *Sapphire and Petroleum Development*), чи то боячись, що інтереси іноземного інвестора дуже потерплять через застосування закону зацікавленої держави. Зате були враховані загальні принципи права для досягнення результату, який арбітражний суд вважав тоді за "чесний" і "законний".

До джерел *lex mercatoria*, у які можуть входити як норми міжнародного, так і національного права, в юридичній літературі частіше всього відносять:

- 1) міжнародні торгові звичаї (*usages*);
- 2) норми міжнародного публічного права;
- 3) загальні принципи права, які визнаються всіма чи більшістю країн, що беруть активну участь у міжнародній торгівлі;
- 4) типові (зразкові) закони, які розробляються на міжнародному рівні як зразки для національних нормативних актів з визначених питань;
- 5) рішення міжнародних комерційних арбітражів;
- 6) типові проформи і контракти [14].

Міжнародні арбітри, вирішуючи конкретні справи, пов'язані з міжнародною торгівлею більшою мірою, ніж національні суди, мають нахил виносити рішення на основі чи з урахуванням джерел

lex mercatoria, передусім таких його джерел, як торгові звичаї. Міжнародний торговий звичай є одним з найважливіших джерел lex mercatoria. Під ним слід розуміти уніфіковане правило поведінки в галузі міжнародної торгівлі, юридичне обов'язковий характер якого визнається всіма учасниками торгівлі.

Проблема, пов'язана з поняттям "звичай" (custom), полягає насамперед в тому, що, як у доктрині, так і в практиці різних держав немає єдності при використанні термінів, які визначають торговий звичай як правове явище. Так, наприклад, у правовій доктрині поряд з терміном "звичай" інколи вживається термін "узанція", причому, два поняття вважаються практично рівнозначними. Як звичай, так і узанція розуміються як правила, які не є нормою права і класифікуються як умови контракту. В праві США та Англії поняття "custom" і "usage" часто змішуються, оскільки в них не бачать принципової різниці. Термінологічні розходження в цьому питанні пов'язані з відмінностями в методологічному підході до юридичного змісту поняття "звичай" у міжнародних комерційних відносинах. Коментар до тексту Віденської конвенції про договори міжнародної купівлі-продажу товарів вважає, що: "Під терміном 'звичай' слід розуміти не тільки правило, яке є правовою нормою і застосовується як така норма (правовий звичай), а також і правило, яке не є правовою нормою, але застосування якого базується на тому, що воно вважається таким, що входить до складу волевиявлення сторін за договором. Звичай, як диспозитивна норма, застосовується, якщо інше не встановлено угодою сторін" [15].

Вагому роль у кодифікації існуючих звичаїв міжнародної торгівлі відіграють головним чином торгові палати, які приймають спеціальні збірники; біржові комітети, які складають біржові правила; а також робочі комісії Комітету сприяння зовнішній торгівлі та інші організації, які діють у рамках ООН. Особливо слід відзначити роль Міжнародної Торгової палати (МТП), яка веде роботу з узагальнення й уточнення звичаєвих норм, які формуються в міжнародній торговій практиці. Разом з тим звичаї можуть фіксуватися в типових контрактах і рішеннях міжнародних комерційних арбітражів з окремих питань.

Загальні правила застосування торгового звичаю зводяться до такого: 1) сторони договору пов'язані будь-яким звичаєм, відносно якого вони домовлялись; 2) за відсутності домовленості про інше вважається, що сторони мали на увазі застосувати до свого договору звичай, про який вони знали чи повинні були знати і який широко відомий в міжнародній торгівлі і постійно дотримується сторонами в договорах такого роду у відповідній області торгівлі як юридичне обов'язкове правило. На адресу lex mercatoria робиться зауваження щодо недостатньої визначеності торгових звичаїв. У зв'язку з

чим слід зауважити, що в останні роки спостерігається тенденція росту рівня визначеності норм lex mercatoria. Значним кроком вперед в цьому напрямку слід вважати розробку і прийняття "Принципів міжнародних комерційних договорів" УНІДРУА (Міжнародного інституту уніфікації приватного права). Зазначені принципи є, з одного боку, відображенням концепцій, які можна знайти в більшості правових систем, а з іншого боку, вони включають в себе також і те, що є найкращим рішенням, навіть якщо воно і не стало загальновизнаним. Отже, принципи УНІДРУА не тільки кодифікують принципи контрактного права, але також спрямовані на подальшу гармонізацію і уніфікацію норм комерційного характеру в різних державах.

В англійській юридичній літературі торговий звичай визначається як правило поведінки, яке так широко відоме в цій сфері ділового життя, що вважається складовою частиною укладеного між сторонами контракту, якщо тільки воно не було виключене ними в прямо вираженій формі. Торгові звичаї в англійському праві мають важливе значення при тлумаченні, зокрема, таких слів як відвантаження, застереження (навколо) тощо.

В американському праві під торговим звичаєм (trade usage) розуміється загальна практика, на яку покладаються сторони багаторазових угод у визначеній області торгівлі.

Зведений комерційний кодекс США (ЗКК) визначає торговий звичай як "будь-яку практику чи метод ведення торгівлі, які мають таку регулярність дотримання в торгівлі, яка виправдовує очікування його дотримання щодо конкретної угоди" (Ст. 1—205 (2) ЗКК).

Переважає більшість юристів розглядає рішення міжнародних комерційних арбітражів як одне з головних джерел lex mercatoria. Міжнародні арбітражні суди наділені більшою свободою, ніж національні суди, щодо застосування норм lex mercatoria. Багато норм lex mercatoria були відображені в арбітражних рішеннях, що стало ще одним важливим аргументом на користь факту існування цього права. Проте, у зв'язку з тим, що далеко не всі арбітражні рішення були опубліковані, їх вживання як джерела lex mercatoria пов'язане з певними труднощами. Цілком ймовірно, що в умовах конкуренції на світовому ринку опублікування учасниками торгового обороту своїх поразок перед лицем конкурентів може мати негативні наслідки для їхньої ділової активності. Саме тому потерпіла сторона в спорі, що розглядався арбітражним судом, часто наполягає на конфіденційності прийнятого рішення. Другою причиною відносно небагатьох відомих арбітражних рішень, що мають відношення до lex mercatoria, є те, що сторони спору, як правило, погоджуються з прийнятим рішенням і нездатні оспорювати його в державних судових органах.

Та, попри все це, опубліковані арбітражні рішення в цілому підтверджують реальність *lex mercatoria* і мають відчутний вплив на його формування. При цьому можна говорити про постійне виникнення однакового прецедентного права *lex mercatoria*, яке складається з низки рішень міжнародних комерційних арбітражів.

В міжнародній арбітражній практиці немає системи прецеденту, у відповідності з якою рішення одного арбітражного суду повинно бути обов'язковим для іншого арбітражного суду, тобто не існує необхідного взаємозв'язку між різними арбітражними рішеннями. Проте, незважаючи на зазначені вище недоліки, ті арбітражні рішення, які все ж були опубліковані, підтверджують факт досить широкого використання міжнародними комерційними арбітражами норм *lex mercatoria*. В основу діяльності багатьох міжнародних комерційних арбітражів покладені відомі арбітражні регламенти, як от: Арбітражний регламент ЮНСІТРАЛ 1976 року, Європейська Конвенція 1962 року про зовнішньоторговий арбітраж, Арбітражний регламент Європейської Економічної комісії ООН 1966 року.

Згідно зі СТ. 33 Арбітражного регламенту ЮНСІТРАЛ, арбітражний суд застосовує право, яке сторони погодили як належне до застосування при вирішенні спору по суті, причому, у всіх випадках арбітри приймають рішення згідно з умовами договору і з урахуванням торгових звичаїв, застосованих до цієї угоди (33 (3)).

Вважають, що це положення можна трактувати як таке, що допускає застосування арбітражним судом при вирішенні спору не тільки норми будь-якого національного права, а й норми міжнародного права чи *lex mercatoria*. Та обставина, що арбітражний суд повинен приймати рішення з урахуванням торгових звичаїв, підтверджує допустимість застосування норм *lex mercatoria*. Отже, міжнародний комерційний арбітражний суд може застосовувати *lex mercatoria* при вирішенні спору по суті тоді, коли сторони самі за спільною згодою вибрали його як застосовне право.

При відсутності вказівок сторін про належне застосування права, арбітри, хоч і не можуть самостійно застосовувати норми *lex mercatoria*, оскільки вони повинні застосовувати норми національного права у відповідності з колізійною нормою, проте, мають враховувати торгові звичаї.

Арбітри можуть застосовувати норми *lex mercatoria* з власної ініціативи лише в тому випадку, якщо сторони поклали на них право вирішувати справу "як дружні посередники", тобто на основі критерію здорового глузду або справедливості.

З точки зору наукового технічного прогресу в сучасного *lex mercatoria* є визначене майбутнє, оскільки національні правові системи окремо, а також традиційний колізійний метод правового регулювання значно менше, ніж *lex mercatoria*, спроможні вирішувати проблеми, які виникають на міжнародному рівні і пов'язані з розвитком світової торгівлі й технологічного прогресу.

1. *Goldman B.* La Mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: Realite et perspectives // *J. droit intern.*— 1979.— № 3.— P. 475—505.
2. *Wood P.* Law and Practice of International Finance.— 1981.— P. 1—34.
3. *Stoecker R.* The Lex Mercatoria: To What Extent Does It Really Exist? // *Journal of International Arbitration.*— 1990.— № 7 — P. 105.
4. *Berman.* The Law of International Commercial Transactions (Lex Mercatoria) // *Emory Journal of International Disputes Resolution.*— 1988.— № 2.— P. 235,237.
5. *Lando O.* The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration. N. Y., 1978
6. *Мережко А. А.* Lex Mercatoria. Теория и принцип транснационального торгового права.— Киев.— 1999.— С. 14.
7. *Goldman B.* "Lex Mercatoria" Form International, № 3. (Nov. 1983)
8. Там само.
9. *Mustill L.,* The New Lex Mercatoria: the First Twenty-five Years, at para. 2—60. n. 85.
10. Transnational Rules in International Commercial Arbitration op. cit. at para. 2—52, n. 53, p. 247.
11. *Rivkin,* "Enforceability of Arbitral Awards based on Lex Mercatoria (1993).
12. Там само.
13. *Petroleum Development (Trucial Coast) Ltd. v. The Sheikh of Abu Dhabi* (1952), 11. C. L. 247 at 250; General Principles of Law in International Commercial Arbitration" (1988) 101 Harv. L. Rev. 1816; see also Cheng, General Principles of Law applied by international Courts and tribunals (Grotius Publications, 1989).
14. *Мережко А. А.* Вказ. праця.— С. 23.
15. Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров. Комментарий.— М., 1994.— С. 34.

Lyubov Logush

THE MODERN ASPECTS OF INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION

The Article is devoted to the modern concept of the lex mercatoria in the practice of the International Commercial Arbitration.