



DOI 10.37491/UNZ.77.1
УДК 341.63



Володимир НАГНИБІДА¹

РЕАЛІЗАЦІЯ ПРИНЦИПУ АВТОНОМІЇ ВОЛІ СТОРИН ПРИ ВИЗНАЧЕННІ ПРАВА, ЗАСТОСОВНОГО ДО СУТІ СПОРУ В МІЖНАРОДНОМУ КОМЕРЦІЙНОМУ АРБІТРАЖІ

*Досліджено сутність та значення в міжнародному комерційному арбітражі принципу автономії волі сторін при виборі застосовного до суті спору права. Окремо розглянуті термінологічні питання змісту понять «сутність спору» та «застосовне право». Пропонується висновок, що сутність спору, до якої застосовується обране сторонами або встановлене складом арбітражу матеріальне право, повинна охоплювати широке коло питань, пов'язаних з правами та обов'язками сторін, що впливають з укладення, тлумачення, виконання, порушення, припинення чи недійсності відповідного зовнішньоекономічного контракту. Резюмується, що реалізація автономії волі сторін щодо вибору застосовного матеріального права шляхом закріплення у зовнішньоекономічному договорі відповідного положення засновується на нормативному дозволі, закріпленому у нормах *lex fori*, під юрисдикцією якого відбувається арбітраж, та має свої наслідки і при визнанні та приведенні до виконання арбітражних рішень. При цьому автор вказує на відсутність у арбітрів обов'язку застосовувати до суті спору матеріальне право держави місця арбітражу, чому кореспондує право сторін на визначення такого права самостійно, без імперативної прив'язки до*

¹ кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри міжнародного та європейського права,
Хмельницький університет управління та права імені Леоніда Юзькова,
v.nagnybida@gmail.com,
<https://orcid.org/0000-0003-4233-7173>.



певної правової системи. Зроблено висновок, що окреслення варіантів вибору норм матеріального права, що постають перед сторонами, не врегульовується нормами права, залишаючи ці питання на розсуд сторін та розгляд складу арбітражу, для аналізу чого вже варто звертатись до науки і арбітражної та судової практики. Також слід враховувати варіанти встановлення застосовного до суті спору матеріального права: на основі прямого або опосередкованого вибору, здійсненого самими сторонами, або, за відсутності чи дефектності, неможливості реалізації такого вибору, встановлення застосовного права складом арбітражу на основі колізійних норм, що визнаються ним як належні або згідно з іншими прив'язками. Така логіка закріплюється в усіх з аналізованих у статті національних арбітражних законах та прослідковується у регламентах арбітражних інституцій. У статті стверджується, що сьогодні сторони вільні у виборі не лише національних систем права, але й ненаціональних правових регуляторів (транснаціональних принципів права, звичаїв ділового обороту тощо), можуть підпорядкувати різні аспекти спору відмінним за своїм походженням і ступенем обов'язковості правовим інструментам, а також взагалі відступити від них і домовитись про вирішення справи згідно з принципами добра і справедливості чи надати арбітрові мандат «дружнього посередника».

Ключові слова: принцип автономії волі, міжнародний комерційний арбітраж, застосовне право, *ex aequo et bono*, колізійне право.

Ключову тенденцію нормативного регулювання міжнародного комерційного арбітражу на національному та міжнародному рівнях в останні десятиліття, а також загалом стан теоретичного розуміння цього інституту в розвинених арбітражних юрисдикціях, можливо описати крізь призму поширення про арбітражний підходу у законодавстві, теорії та судовій практиці. Вбачається, що сутність такого підходу розкривається через осмислення арбітражу як самостійного та автономного інституту й альтернативного способу вирішення спорів, що функціонує за своїми правилами, у визначених законом межах, і відповідно до власних усталених концепцій, що фактично втілюється у сприянні арбітражному розгляду з боку держав та міжнародної спільноти, забезпеченні його максимальної незалежності з нормативно встановленими, винятковими випадками втручання державних судів, зокрема виключним переліком підстав для скасування арбітражного рішення, відмови у його визнанні та виконанні.

Важливим проявом цих процесів вважаємо й пропагування прагматичного дискурсу при дослідженні прикладних проблем арбітражного розгляду, зокрема питань визначення і застосування матеріального права складом арбітражу, на противагу теоретичним позиціям, укорініним у співставленні міжнародного комерційного арбітражу з державним судочинством та спробам автоматично поширити чи видозмінити парадигму



правозастосування, властиву останньому, для вирішення нормативних колізій, які виникають в процесі арбітражу та притаманні саме йому. У зв'язку з цим актуальність та необхідність вивчення окресленої проблематики в рамках наукового дослідження є безсумнівною.

Елементи обраної проблематики дослідження були предметом численних праць українських та зарубіжних вчених, зокрема А. В. Асосков, С. Бессон, А. Белоглавок, Г. Борн, Т. Вараді, Г. Галущенко, Е. Гаярд, О. Д. Крупчан, О. Ландо, Дж. Д. М. Лью, Л. Містеліс, М. Прайлс, Ж.-Ф. Пудре, Д. Сандберг, Т. В. Сліпачук, Й. Фрік, При цьому складність та численність проявів принципу автономії волі сторін у міжнародному комерційному арбітражі вимагає проведення подальших досліджень, зокрема у світлі сучасної арбітражної практики і розвитку нормативного регулювання.

Таким чином, *метою цієї статті* є проведення комплексного аналізу змісту та проявів реалізації принципу автономії волі сторін при виборі застосовного до суті спору матеріального права, визначення варіантів, наявних у сторін, а також встановлення особливостей звернення сторін до вирішення спорів арбітром згідно з принципами «добра і справедливості» (*ex aequo et bono*) та в якості «дружнього посередника» (*amiable compositeur*).

В українській науці та практиці спостерігається відхід від достатньо умовного та проблематично реалізованого на практиці способу регулювання різних аспектів арбітражу за аналогією із діяльністю державних судів, що, на відміну від міжнародного комерційного арбітражу, завжди мають тісний зв'язок із конкретним «форумом», відображаючись у юрисдикційному, територіальному та нормативному вимірах. В арбітражу, натомість, відповідно до загального доктринального консенсусу з цього питання, немає *lex fori*, тобто правової системи, яка б *a priori* мала б основоположне значення для арбітражу, яке вітчизняне право має для будь-якого державного суду [1, с. 681; 2, с. 1057; 3, с. 488]. При цьому, беззаперечно, що реалізація автономії волі сторін щодо вибору застосовного матеріального права шляхом закріплення у зовнішньоекономічному договорі відповідного положення засновується на нормативному дозволі, закріпленому у нормах *lex fori*, під юрисдикцією якого відбувається арбітраж, та має свої наслідки і при визнанні та приведенні до виконання арбітражних рішень. Тобто такий вибір (та свобода сторін) допустимий оскільки він гарантується колізійною нормою належного національного права [4, с. 617].

З наведеного випливає відсутність у арбітрів обов'язку застосовувати до суті спору матеріальне право держави місця арбітражу, чому кореспондує право сторін на визначення такого права самостійно, без імперативної прив'язки до певної правової системи. Оскільки, на відміну від вибору сторонами або встановлення складом арбітражу права, що застосовується до процедури арбітражного розгляду, коли вплив *lex arbitri* та судів країни місця арбітражу є значно відчутнішим, вибір матеріального права, зазвичай, користується більшою «свободою» від національної правової системи і положень міжнародного приватного права країни місця арбітра-



жу. Г. Наон закономірно пояснює це тим, що значна кількість арбітражних рішень щодо вибору права, які можуть бути класифіковані як процесуальні, наприклад, такі, що стосуються питань юрисдикції, чинності арбітражної угоди або арбітрабельності, з більшою ймовірністю зазнають нападу в судах місця арбітражу або можуть призвести до постановлення судових наказів або заборон про зупинення арбітражного провадження, виданих такими судами, тоді як у питаннях вибору права, що застосовується до суті арбітражних спорів (за винятком певних застережень, пов'язаних з дотриманням віднесених до публічного порядку питань справедливості та моралі) суди місця арбітражу зазвичай не здійснюють жодного контролю, і, отже, не можуть впливати на аргументацію арбітражного вибору або висновки щодо закону або норм права, які застосовуються до суті справи [5, с. 184–185]. Крім цього, слухним аргументом проти звернення складу арбітражу в якості застосовного матеріального права до *lex arbitrii* випадку відсутності вибору сторін, є доктрина відокремленості арбітражної угоди від основного договору, що застерігає від невибіркового поширення вибору права до дійсності арбітражного застереження на вибір матеріального права, застосовного до суті спору [6, с. 319–320].

Таким чином, встановлення та застосування права, що регулюватиме сутність спору при розгляді і вирішенні справи в міжнародному комерційному арбітражі, слід здійснювати не на основі колізійних норм міжнародного приватного права країни місця арбітражу або згідно з іншими правилами, дійсними для здійснення правосуддя державними судами, а виходячи з тих принципів, що відповідають сутності самого арбітражного розгляду: принципу автономії волі сторін, необхідності врахування їх намірів та очікувань, виконання арбітрами завдання постановлення виконаного арбітражного рішення. А. В. Асосков перелічує також такі властивості процесу визначення застосовного матеріального права в арбітражі як: схильність до застосування функціональних (орієнтованих на матеріальний результат) методик; спрямування на уникнення застосування специфічних національних норм міжнародного приватного права, що не відповідають усталеним стандартам (денационалізація вирішення колізійної проблеми); високий рівень свободи розсуду арбітрів; можливість у деяких випадках ігнорувати колізійну проблему як таку. Таким чином, як резюмує вчений, при визначенні найбільш оптимальних колізійних рішень слід враховувати інше співвідношення нормотворчих факторів в порівнянні з вирішенням спорів в державному суді: на перший план виходять індивідуальні інтереси і матеріальні чинники, в той час як інтереси обороту і інтереси правопорядку перестають відігравати суттєву роль [3, с. 493]. Яскравою особливістю правозастосування в міжнародному комерційному арбітражі є також значний рівень свободи сторін при визначенні застосовного до суті спору права — від вибору національного права однієї зі сторін до застосування ненаціональних регуляторів (*lex mercatoria*) і вирішення спору на основі принципів «добра і справедливості» (*ex aequo et bono*) чи в якості «дружнього посередника» (*amiable compositeur*), а також відсутність прив'язки такого права до інших правових систем, що можуть стосуватись процедури арбітражного розгляду,



дійсності арбітражної угоди, арбітрабельності предмета спору, правосуб'єктності сторін тощо.

Розглянемо специфіку реалізації означених принципів та факторів при визначенні та застосуванні матеріального права у міжнародному комерційному арбітражі за двох основних сценаріїв:

1) визначення застосовного до суті спору права сторонами шляхом прямого або опосередкованого його вибору; та

2) встановлення цього права складом арбітражу за відсутності або дефектності вибору сторін, неможливості його реалізації та в інших випадках, про які мова піде далі.

Втім, насамперед, зупинимось на характеристиці основних використуваних у межах цього підрозділу понять — «застосовного до суті спору права» та «сутності спору». Загалом під застосовним до суті спору правом (або «правом, що регулює договір», «матеріальним правом», «застосовним правом» — *applicable substantive law / rules of law*) прийнято розуміти правові положення, що регламентують права та обов'язки сторін договору [7, с. 179]. Також саме відповідно до положень матеріального застосовного до суті спору права вирішуються питання існування, чинності, виконаності та тлумачення початкового договору, або будь-яких недоговірних вимог, що виникли між сторонами [8, с. 2109].

Відзначається, що вибір матеріального права слугує досягненню двох цілей, які відображаються у відповідному застереженні:

1) встановленню матеріального права, що регулює виконання договору;

2) встановленню матеріального права, що буде застосовуватись арбітром у разі виникнення спору [9, с. 184].

Тобто вибір сторонами застосовного матеріального права здійснюється, насамперед, не для врегулювання можливих розбіжностей між сторонами в порядку арбітражу, хоч і має вирішальне значення для арбітражного розгляду та правозастосування, що здійснюється складом арбітражу, а для належного виконання договірних обов'язків, гарантування дотримання прав сторін, які засновуються на договорі та застосовному до нього праві. Саме тому такий вибір, зазвичай, здійснюється на етапі узгодження договірних положень та підписання контракту, хоч і не виключається можливість вибору застосовного матеріального права вже після виникнення між сторонами конкретного спору, що далі буде передано на розгляд у міжнародний комерційний арбітраж.

Стосовно ж поняття та обсягу категорії «сутності спору» арбітражна практика виробила низку рекомендацій для сторін, щоб забезпечити включення максимально широкого переліку спорів, які можуть виникнути між сторонами з приводу конкретних договірних відносин, та уникнення ситуацій, коли сторони ненавмисне його обмежують. Насамперед такі рекомендації можна знайти в стандартних формулах арбітражних застережень, що пропонуються постійнодіючими арбітражними інституціями сторонам для включення до контракту. Так, в арбітражному застереженні, рекомендованому МКАС при ТПП України для включення до зовнішньоекономічних договорів сторонам пропонується вказати, що «усі



спори, розбіжності чи вимоги, які виникають із цього договору або у зв'язку з ним, у тому числі щодо його укладення, тлумачення, виконання, порушення, припинення чи недійсності (курсив авт. — В. Н.), підлягають вирішенню у Міжнародному комерційному арбітражному суді при Торгово-промисловій палаті України згідно з його Регламентом» [10]. Подібним чином сформульоване рекомендоване арбітражне застереження LCIA: «Будь-який спір, що виникає з цього контракту або пов'язаний з ним, включаючи будь-яке питання щодо його існування, чинності чи припинення (курсив авт. — В. Н.), буде передано на розгляд і остаточно вирішено арбітражем згідно з Регламентом LCIA [11], що, як вважається, включений сторонами шляхом посилання у цьому застереженні». Рекомендоване арбітражне застереження, що міститься в Арбітражному регламенті ICC [12] підходить до цього питання більш лаконічно: «Всі спори, що виникають з цього контракту або у зв'язку з ним, підлягають остаточному врегулюванню відповідно до Арбітражного регламенту Міжнародної торгової палати одним або декількома арбітрами, призначеними відповідно до цього регламенту». У рекомендаціях Асоціації міжнародного права (*International Law Association — ILA*), викладених 2008 року у фінальному звіті стосовно з'ясування змісту застосовного права у міжнародному комерційному арбітражі [13] відзначається, що правила, що регулюють питання, які стосуються спору включають насамперед правила, які регулюють договірні відносини між сторонами в арбітражі. Вони також включають усі правила, що стосуються вирішення інших питань, які можуть бути актуальними для врегулювання суті спору, включаючи, наприклад, деліктні вимоги, питання, що стосуються компаній, обґрунтованість та наслідки врахування інтересів безпеки, дієздатність сторони укладати спірні договірні угоди, імперативні норми, які потрібно застосовувати незалежно від закону, що регулює суть справи тощо.

Таким чином, сутність спору, до якої застосовується обране сторонами або встановлене складом арбітражу матеріальне право, повинна охоплювати широке коло питань, пов'язаних з правами та обов'язками сторін, що впливають з укладення, тлумачення, виконання, порушення, припинення чи недійсності відповідного зовнішньоекономічного контракту. При формулюванні положень арбітражного застереження сторони (в першу чергу їх юристи) повинні врахувати цей аспект та забезпечити уникнення ненавмисного обмеження обсягу категорій спорів, що можуть передаватись в арбітраж у зв'язку із предметним звуженням самої «сутності спору». Детальніше ж окреслення чи навіть зазначення категорій спорів у арбітражному застереженні, що можуть передаватись сторонами в арбітраж, з очевидним причих є проблематичним.

Вибір сторонами застосовного до суті спору права є одним з яскравих прикладів реалізації принципу автономії волі, що закріплюється в міжнародних конвенціях, національному законодавстві та арбітражних регламентах провідних арбітражних інституцій. За твердженням Джуліана Д. М. Лью, сьогодні більшість національних систем колізійного права встановлюють, що якщо сторони мультинаціонального договору прямо передбачають застосування певного права (або норм права чи подібних до



них принципів) для врегулювання такого договору, їх вибір слід поважати та підтримувати. Вчений також підкреслює, що доктрина автономії волі сторін отримала визнання на міжнародній та транснаціональній арені [14, с. 71]. Іншими словами, принцип автономії волі сторін є першочерговим критерієм при визначенні застосовного права міжнародним комерційним арбітражем [15, с. 143] та може обмежуватись у виключних випадках, зокрема у зв'язку з дією надімперативних норм країни місця арбітражу або інших можливих юрисдикцій, що детально вивчатиметься нами в інших частинах цього дослідження.

Так, згідно зі ст. VII (1) Європейської конвенції про зовнішньоторговельний арбітраж 1961 р. [16] сторони можуть на свій розсуд встановлювати за спільною згодою право, що підлягає застосуванню арбітрами при вирішенні спору по суті. Ст. 28 (1) Типового закону ЮНСІТРАЛ про міжнародний арбітраж 1985 р. (Типовий закон ЮНСІТРАЛ) [17] містить вже класичне за своєю суттю положення, згідно з яким «арбітражний суд вирішує спір відповідно до таких норм права, які сторони вибрали в якості застосовних до суті спору. Якщо відсутня вказівка про інше, будь-яке позначення права або системи права будь-якої держави тлумачиться як таке, що безпосередньо відсилає до матеріального права цієї держави, а не до її колізійних норм». Для цілей подальшого дослідження усіх аспектів вибору або встановлення застосовного до суті спору права доцільно навести положення наступних частин ст. 28 Типового закону ЮНСІТРАЛ, згідно з якими: за відсутності будь-якої вказівки сторін, арбітражний суд застосовує право, визначене згідно з колізійними нормами, які він вважає застосовними; арбітражний суд приймає рішення *ex aequo et bono* або як «дружній посередник» лише в тому випадку, коли сторони прямо уповноважили його на це; у всіх випадках арбітражний суд приймає рішення відповідно до умов договору та з урахуванням торгових звичаїв, що стосуються такої угоди.

Коментаторами у світлі наведеного наголошується, що Типовий закон ЮНСІТРАЛ у питаннях застосовного матеріального права прагне закріпити правила, які є загальноприйнятими у сучасній теорії та практиці, та до ключових позицій у світлі досліджуваної проблематики включає такі засадничі ідеї:

1) сторони повинні володіти повною автономією стосовно вибору будь-яких правил для регулювання суті їх спору, навіть якщо такі правила (норми права) територіально не пов'язані з контрактом або спором;

2) у випадку відсутності такого вибору, зробленого сторонами, вибір повинен здійснюватися складом арбітражу;

3) Типовий закон повинен визнавати угоду сторін щодо вирішення спору згідно з принципами «добра і справедливості» (*ex aequo et bono*) або арбітром як «дружнім посередником» (*amiable compositeur*) [1, с. 687].

Ці ж принципи відображено у національному законодавстві як держав, що поклали Типовий закон ЮНСІТРАЛ в основу свого арбітражного законодавства, так і тих, що пішли шляхом розроблення своїх актів «з нуля». Це вказує на універсальність розуміння принципу автономії волі у світлі визначення застосовного матеріального права в більшості країн



світу, уможлиблюючи, поруч з міжнародною системою визнання і виконання арбітражних рішень, функціонування міжнародного комерційного арбітражу як ефективного способу вирішення спорів.

Аналогічно ст. 28 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» [18] встановлює, що третейський суд вирішує спір згідно з такими нормами права, які сторони обрали як такі, що застосовуються до суті спору. Якщо в ньому не висловлено іншого наміру, будь-яке положення права або системи права будь-якої держави повинно тлумачитися як таке, що безпосередньо відсилає до матеріального права цієї держави, а не до її колізійних норм. В разі відсутності якої-небудь вказівки сторін третейський суд застосовує право, визначене згідно з колізійними нормами, які він вважає застосовними. Третейський суд приймає рішення *ex aequo et bono*, або як «дружній посередник», лише в тому разі, коли сторони прямо уповноважили його на це. Також, в усіх випадках третейський суд приймає рішення згідно з умовами угоди і з врахуванням торгових звичаїв, що стосуються даної угоди. Арбітражний закон Англії та Вельсу [19] (ст. 46 (1)(а)) передбачає, що склад арбітражу вирішує спір відповідно до права, обраного сторонами як застосовне до суті спору. У ст. 1511 Цивільного процесуального кодексу Франції [20] вказується, що арбітраж вирішує спір відповідно до норм права, обраних сторонами, або, коли такого вибору не було зроблено, відповідно до норм права, які він вважає належними. Федеральний закон Швейцарії про міжнародне приватне право [21] у ст. 187 (1) також містить положення про автономію волі сторін, згідно з яким арбітраж вирішує спори відповідно до закону, обраного сторонами, або, за відсутності такого вибору, відповідно до закону, з яким спір найтісніше пов'язаний. Згідно зі ст. 1051 (1) Арбітражного закону Німеччини [22] арбітраж вирішує спір відповідно до норм права, які сторони обирають як застосовні до суті спору. Будь-яке позначення закону або правової системи даної держави тлумачиться, якщо не вказано інше, як пряме відсилання до матеріального права цієї держави, а не до колізійних норм. Таким ж чином ст. 1710 (1) Судового кодексу Бельгії [23] передбачає, що арбітраж вирішує спір відповідно до норм права, які сторони обрали застосовними до суті спору. Будь-яке позначення законодавства даної держави тлумачиться, якщо не вказано інше, як пряме посилання на матеріальне право цієї держави, а не на її колізійні норми.

Додатково принцип автономії волі сторін при виборі застосовного матеріального права знаходить закріплення й у арбітражних регламентах. Згідно зі ст. 35 (1) Арбітражного регламенту ЮНСІТРАЛ [24] арбітражний суд застосовує норми права, які сторони погодили як ті, що підлягають застосуванню при вирішенні спору по суті. Регламент МКАС при ТПП України у ч. 1 ст. 41 використовує дещо інше формулювання, вказуючи, що склад арбітражного суду вирішує спори згідно з тими нормами права, які сторони обрали як такі, що застосовуються до суті спору. Ст. 21 (1) Арбітражного регламенту ICC встановлює, що сторони вільні у виборі норм права, які повинні застосовуватися складом арбітражу до сутності спору. Арбітражний регламент LCIA закріплює, що арбітраж вирішує спір сторін відповідно до закону (законів) або норм права, обраних



сторонами в якості застосовних до суті їх спору (ст. 22.3). Ст. 27 (1) Арбітражного регламенту SCC [25] також відсилає до вирішення складом арбітражу спорів по суті на основі законодавства або правових норм, узгоджених сторонами.

Отже, нормативне закріплення принципу автономії волі сторін у виборі застосовного до суті спору права є всезагальним, що прямо відображається й у практиці правозастосування. Згідно з відомим твердженням Джуліана Д. М. Лью, «право сторін самостійно визначати застосовне право та обов'язок арбітрів поважати такий вибір є тим переважним і справді міжнародним колізійним правилом, яке склалося в міжнародному комерційному арбітражі» [14, с. 582]. Втім, окреслення варіантів вибору норм матеріального права, що постають перед сторонами, не врегульовується нормами права, залишаючи ці питання на розсуд сторін та розгляд складу арбітражу, для аналізу чого вже варто звертатись до науки і арбітражної та судової практики. Також слід враховувати вищевказані варіанти встановлення застосовного до суті спору матеріального права: на основі прямого або опосередкованого вибору, здійсненого самими сторонами, або, за відсутності чи дефектності, неможливості реалізації такого вибору, встановлення застосовного права складом арбітражу на основі колізійних норм, що визнаються ним як належні або згідно з іншими прив'язками, що досліджуватимуться далі. Така логіка закріплюється в усіх з аналізованих нами національних арбітражних законах та прослідковується у регламентах арбітражних інституцій.

При цьому постає проблема відмінності між явним вибором сторонами застосовного права та формою, яку такий вибір приймає [26, с. 788].

Не заглиблюючись детально у варіації її вирішення, відзначимо, що складу арбітражу при встановленні факту здійснення сторонами вибору конкретного правопорядку чи норм права, слід керуватись деякими базовими критеріями, що за відсутності прямого вибору застосовного права, можуть вказати на наявність опосередкованого або ж мовчазного вибору, зробленого сторонами. До таких критеріїв в науці відноситься врахування складом арбітражу:

1) дійсних намірів сторін, пов'язаних з вибором застосовного до суті спору права;

2) наявності з'єднуючих факторів між договором та певним правопорядком, зокрема місцем виконання договору, місцем здійснення комерційної діяльності тощо;

3) відмінності між вибором сторонами місця арбітражу, що обумовлюється його нейтральністю і зручністю, та вибором застосовного матеріального права, обґрунтування для чого є суттєво іншим [27, с. 181].

Слід погодитись із тим, що спроба використовувати вибір сторонами місця арбітражу в якості самодостатнього індикатора угоди сторін про вибір застосовного права тієї ж країни перетворює інститут угод, у яких вибір застосовного права мається сторонами на увазі на фікцію, яка прикриває небажання складу арбітражу звертатися до вирішення колізійної проблеми з урахуванням об'єктивних зв'язків спору з різними правопорядками, матеріально-правового результату, а також реальних очікувань



сторін [3, с. 496]. Ці ж фактори, що буде розглянуто нами далі, повинні враховуватись складом арбітражу й при встановленні застосовного матеріального права, за відсутності будь-якого вибору, зробленого сторонами (у тому числі того, що мається на увазі) чи неможливості його реалізації.

Арбітражна практика та доктринальне тлумачення змісту нормативних положень міжнародних документів і національних актів серед можливих варіантів вибору застосовного до суті спору права, що постають перед сторонами, виробили такі варіанти:

- 1) вибір національного права однієї зі сторін;
- 2) вибір національного права третьої країни;
- 3) звернення до джерел ненаціонального права (*lex mercatoria*, транснаціональне право, звернення до уніфікованих джерел «м'якого права», наприклад до Принципів міжнародних комерційних договорів УНІДРУА [28] тощо);

- 4) виключення застосування національного права та звернення до звичаїв ділового обороту;

- 5) вирішення спорів складом арбітражу на основі принципів «добра і справедливості» (*ex aequo et bono*) чи в якості «дружнього посередника» (*amiable compositeur*).

Вибір в якості застосовного матеріального права національної системи однієї із сторін спору або права третьої країни, як було проілюстровано вище, в абсолютній більшості випадків сприймається як відсилання виключно до її матеріально-правових норм, а не до колізійних. Таким чином сторони реалізують автономію волі, яка б, у разі врахування колізійних прив'язок обраного правопорядку, могла б не виправдано звужуватись, оскільки останні призводили б до встановлення і застосування права, іншого, ніж те, що обрали сторони. При цьому одним з поширених варіантів є вибір нейтрального правопорядку, що може мати тісний зв'язок з договором (наприклад, бути місцем його виконання) або не мати такого зв'язку взагалі. Визначення сторонами нейтральної правової системи для регулювання їх договірних прав та обов'язків особливої важливості отримує у випадку, коли одним з контрагентів є держава або її органи чи юридичні особи, коли інша зі сторін прагне забезпечити себе від можливих змін у національному законодавстві такої держави.

У розрізі допустимості вибору сторонами в якості застосовного до суті спору права ненаціональних джерел, дискусія в арбітражному середовищі ведеться насамперед з огляду на відмінності у формулюваннях в міжнародних документах та національних законах, частина з яких оперує виключно терміном «право» (*law*), а інша частина використовує поняття «норм права» (*rules of law*), засновуючись на тому, що в другому з варіантів немає прив'язки до певної правової системи. Актуальності такої дихотомії надала французька наукова думка, заснована на положенні нині ст. 1511 ЦПК Франції. Коментатори відзначають, що використовуваний у ній термін «норми права» призначений вказати, що сторони в якості застосовного матеріального права можуть обрати не лише національне право, але й транснаціональні правила (*lex mercatoria*), визнані у міжнародній практиці торгової звичаї, або взагалі надати арбітрам повноваження



на вирішення спорів у якості «дружніх посередників» [26, с. 791]. Ілюстрацією звернення складу арбітражу й, опосередковано, факту вибору сторонами в якості застосовного до суті спору ненаціонального джерела права може бути справа № 123, що розглядалась в МКАС при ТПП України (рішення від 2 вересня 2016 року) [29]. Так, у рішенні стверджується, що стосовно питання про застосовне матеріальне право арбітражний суд виходив з того, що сторони в контракті не погодили застосування будь-якого національного законодавства. Відносно узгодження сторонами застосування «міжнародного права», арбітражний суд зазначив, що до договору не може бути застосована Конвенція ООН про право міжнародної купівлі-продажу товарів 1980 р., оскільки Індія не є учасницею Конвенції та норми міжнародного приватного права не дають можливість застосувати ні її, ні інші міжнародні договори. За цих обставин формулювання «міжнародне право», використане сторонами, арбітражний суд тлумачить як узгодження єдиних загальноновизнаних принципів права, що робить можливим застосування Принципів міжнародних комерційних договорів УНІДРУА. Згідно з Преамбулою Принципів ці Принципи можуть використовуватися в разі, коли сторони не вибрали право, що регулює їх договір, а також коли сторони погодилися, що їхній договір буде регулюватися загальними принципами права, *lex mercatoria* або аналогічними положеннями. У зв'язку з цим склад арбітражу констатував, що спір про повернення передоплати в зв'язку з непостачанням відповідачем товару було розглянуто на підставі положень Принципів міжнародних комерційних договорів УНІДРУА.

Подібне нормативне втілення та подальше розуміння на практиці формулювання «норми права» як такого, що дозволяє вибір сторонами ненаціональних правил в якості застосовних до суті спору, закріплюється й на рівні ст. 28 (1) Типового закону ЮНСІТРАЛ та в юрисдикціях, що засновують свої арбітражні закони на ньому. На основі сказаного варто погодитись із висновком, що практично необмежене визнання допустимості вибору сторонами ненаціональних джерел в якості застосовного права є важливою особливістю міжнародного комерційного арбітражу в порівнянні зі сферою державного правосуддя [3, с. 521].

Потрібно зупинитись й на особливостях правозастосування при виборі сторонами врегулювання спору на основі принципів «добра і справедливості» (*ex aequo et bono*) та в якості «дружнього посередника» та відмінностей між цими варіантами, гарантованими більшістю національних арбітражних законів та регламентами арбітражних інституцій, навіть коли самі концепції прямо у тексті норм не згадуються. До прикладу, згідно зі ст. 46 (1)(b) Арбітражного закону Англії та Вельсу, склад арбітражу, окрім застосування обраного сторонами застосовного до суті спору права, може вирішувати спір, приймаючи до уваги інші міркування (*other considerations*), щодо яких сторони дійшли згоди або які були встановлені самими арбітрами. У визнаному науково-практичному коментарі до цього Закону, формулювання «інші міркування» тлумачиться як можливість домовленості сторін про те, що спір повинен вирішуватися не відповідно до будь-якої системи права, а відповідно до, наприклад, принципів спра-



дєдливості та добросовісності. Складу арбітражу, таким чином, може бути дозволено звертатись до власного загального розуміння того, що є справедливим, а не суворо слідувати правовим нормам, що в теорії арбітражу може визначатись як вирішення спору на основі принципів «добра і справедливості» (*ex aequo et bono*), арбітром як «дружнім посередником» (*amiable compositeur*). Сторони можуть доручити складу арбітражу самостійно визначити форму такого підходу на основі принципу справедливості [30, с. 227].

За твердженням О. Белоглавека, одним з основних принципів прийняття арбітрами рішень на основі принципів справедливості (*equity principles*) є те, що арбітри не пов'язані обов'язком застосовувати будь-яку правову норму або принцип, якщо для цього є достатні підстави. Натомість, розмежовуючи поняття вирішення спорів арбітром в якості «дружнього посередника» (*amiable compositeur*) та згідно з принципами справедливості, вчений наголошує, що перший концепт у початковій формі існує лише в країні його походження — у Франції, та означає процедуру, згідно з якою арбітри повинні приймати рішення відповідно до закону та правових принципів, але вони мають право змінювати наслідки застосування конкретних правових норм (обмеження, збитки тощо). При цьому в інших юрисдикціях помітно тяжіння до ототожнення процедури вирішення спорів арбітром як «дружнім посередником» та *ex aequo et bono*, що, у свою чергу, тлумачиться як свобода розсуду арбітрів щодо можливості виключити вплив будь-яких застосованих правових норм і вирішувати спір відповідно до принципів справедливості [31, с. 32–33, 48]. Згідно з позиціями інших дослідників наразі спостерігається поступове ототожнення цих двох концепцій як єдиної процедури, діючи в рамках якої арбітр, наділений сторонами відповідними повноваженнями, вільний або застосувати національне право в якості відправної точки, а потім, за потреби, виключити наслідки його застосування, або ж одразу вирішувати спір згідно з власним розумінням, що слід вважати у даній справі найбільш справедливим рішенням [26, с. 836–837].

Загалом в арбітражній практиці, що засновується на конвенційному регулюванні і національних нормативних підходах розвинених арбітражних юрисдикцій, також допускається вибір кількох правових систем або норм права (правил), які походять з різних джерел, до різних аспектів відносин між сторонами, що є одним з проявів доктрини *dépeçage*. Так, Ж.-Ф. Пудре та С. Бессон з цього приводу вказують на можливість застосування одного права до договірної відповідальності, але вже іншої системи правових норм до деліктної відповідальності, чи одного права до питань патентного права, а іншого — до ліцензійних договорів, відзначаючи, що немає підстав обмежувати таку свободу сторін, враховуючи, що замість конкретної національної правової системи, сторони вільні у виборі різних зводів правил, кожне з яких матиме свій об'єкт правового регулювання [32, с. 578–579]. І вже завданням складу арбітражу буде здійснення перевірки такого вибору на взаємну узгодженість, можливість співіснування як з огляду на досягнення очікувань сторін та можливість вирішення спору з подальшим виконанням арбітражного рішення, так і у сві-



тлі дії імперативних норм правопорядків, що можуть впливати на арбітражний розгляд на різних його стадіях.

У зв'язку з цим також слід пам'ятати, що здійснювана сторонами свобода вибору будь-якого застосовного до суті спору права чи норм права не є абсолютною. У теорії з цього приводу зазначається, що обмеженням автономії волі сторін з даного питання можуть виступати різні прояви доктрини публічного порядку, а також встановлення невідповідності вибору сторін принципу *bona fide*. Підкреслюється, що ці категорії не є чітко визначеними та можуть стосуватись навмисного обходу сторонами імперативних норм застосовного до суті спору правопорядку, та значною мірою залежать від соціально-економічних, культурних та політичних особливостей останнього [33, с. 174]. У межах цієї частини дослідження з цього приводу відзначимо лише те, що подібні публічно-правові за своєю суттю міркування лише додатково ускладнюють завдання арбітрів щодо аналізу вибору застосовного сторонами права та, у подальшому, можуть поставити під загрозу визнання та виконання арбітражного рішення.

Отже, в основі вибору сторонами застосовного до суті спору права лежить принцип автономії волі, значення та межі якого в цьому аспекті протягом останніх десятиліть поступово розширялись як арбітражною практикою та дослідниками і коментаторами, так і законотворцями, для забезпечення інтересів бізнесу і ефективності арбітражного розгляду міжнародних комерційних спорів. Сьогодні сторони вільні у виборі не лише національних систем права, але й ненаціональних правових регуляторів (транснаціональних принципів права, звичаїв ділового обороту тощо), можуть підпорядкувати різні аспекти спору відмінним за своїм походженням і ступенем обов'язковості правовим інструментам, а також взагалі відступити від них і домовитись про вирішення справи згідно з принципами добра і справедливості чи надати арбітрові мандат «дружнього посередника». Втім, продовжують існувати й обмеження автономії сторін у досліджуваному питанні, спрямовані на дотримання інтересів міжнародного публічного порядку, гарантування добросовісності зробленого сторонами вибору застосовного матеріального права, забезпечення дії надімперативних норм, від яких сторони не можуть відступити в силу обов'язковості приписів останніх.

Список використаних джерел

1. *Varady T., Barcello J., Mehren A. T.* International Commercial Arbitration: A Transnational Perspective. West Academic Publishing, 2012. 1120 p.
2. *Mehren A. T.* International Commercial Arbitration: The Contribution of the French Jurisprudence. *Louisiana Law Review*. 1986. Vol. 46. No. 5. P. 1045–1059. URL : <http://bit.ly/3tHDyPd>.
3. *Асосков А. В.* Коллизионное регулирование договорных обязательств. Москва : Инфотропик Медиа, 2012. 640 с.
4. *Croff C.* The Applicable Law in an International Commercial Arbitration: Is It Still a Conflict of Laws Problem? *International Lawyer*. 1982. Vol. 16. No. 4. P. 613–645.



5. A. Grigera Naón, Horacio. Choice-of-law problems in international commercial arbitration. *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*. 2001. Vol. 289. 396 p. https://doi.org/10.1163/1875-8096_pp1rdc_ej.9789041116109.009_395.
6. Berger K. P. Re-examining the Arbitration Agreement: Applicable Law — Consensus or Confusion? *ICCA Congress ser no. 13. International Arbitration 2006: Back to Basics?* / ed. Albert Jan van den Berg. New York : Kluwer Law International, 2007. P. 301–334.
7. Tweeddale A., Tweeddale K. Arbitration of Commercial Disputes: International and English Law and Practice. Oxford University Press, 2005. 1190 p.
8. Born G. B. International Commercial Arbitration. 3rd ed. Kluwer Law International, 2009. 3400 p.
9. Friedland P. D. Arbitration Clauses for International Contracts. 2nd ed. Juris Publishing, Inc., 2007. 350 p.
10. Регламент Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України (зі змінами, що набрали чинності з 01.11.2020 р.). *Міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті України*. URL : <https://bit.ly/3zrussLE>.
11. LCIA Arbitration Rules. *The London Court of International Arbitration (LCIA)*. URL : <http://bit.ly/3tHn8GF>.
12. ICC Rules of Arbitration (1 March 2017). *ICC | International Chamber of Commerce*. URL : <http://bit.ly/2Z2EuQi>.
13. International Law Association International Commercial Arbitration Committee's Report and Recommendations on Ascertaining the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration'. *Arbitration International*. 2010. Vol. 26. No. 2. P. 193–220. <https://doi.org/10.1093/arbitration/26.2.193>.
14. Lew J. D. M. Applicable Law in International Commercial Arbitration. Oceana Publications, Inc., 1978. 633 p.
15. Лапишина А. С. К вопросу о праве, применимом международным коммерческим арбитражем. *Сибирский юридический вестник*. 2011. № 1 (52). С. 142–147.
16. European Convention on International Commercial Arbitration. Geneva, 21 April 1961. *United Nations Treaty Collection*. URL : <https://bit.ly/2LFSCfe>; <https://doi.org/10.18356/045f412e-en-fr>.
17. UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (with amendments as adopted in 2006). *The United Nations Commission on International Trade Law*. URL : <https://bit.ly/31QRM41>.
18. Про міжнародний комерційний арбітраж : Закон України від 24.02.1994 р. № 4002–XII. *Верховна Рада України. Законодавство України*. URL : <http://bit.ly/2Hr8MDn>.
19. Arbitration Act 1996. *Legislation.gov.uk*. URL : <http://bit.ly/2NeXYOE>.
20. Decree No. 2011–48 of 13 January 2011, reforming the law governing arbitration. *The Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce*. URL : <https://bit.ly/2NbEY3S>.
21. Switzerland's Federal Code on Private International Law of December 18, 1987 (Status as at 1 April 2017). *Umbricht Rechtsanwälte*. URL : <https://bit.ly/3aQpRVG>.
22. Arbitral Proceedings Reform Act (German Arbitration Act), entered into force on January 1998. *The Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce*. URL : <https://bit.ly/3p6XEyV>.



23. Belgian Judicial Code, in force as from September 1, 2013 (as amended on December 25, 2016). *CEPANI*. URL : <https://bit.ly/3rCLbVn>.
24. UNCITRAL Arbitration Rules (as revised in 2010). *United Nations Commission on International Trade Law*. URL : <https://bit.ly/3fi3ooh>.
25. Arbitration Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce: adopted by the Stockholm Chamber of Commerce and in force as of 1 January 2017 (revised as of 1 January 2020). *Stockholm Chamber of Commerce*. URL : <https://bit.ly/3a4aSby>.
26. Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration / P. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, J. Savage ; ed. by E. Gaillard and J. Savage. Kluwer Law International, 1999. 1280 p.
27. *Bouwers G. J. Tacit Choice of Law in International Commercial Contracts — A Turkish Study*. Scientific Cooperations 2nd International Conference on Social Sciences, 2–3 April 2016, Istanbul–Turkey, 2016. P. 169–181. *Scientific Cooperations Conferences on Economics Administration and Social Sciences*. URL : <https://bit.ly/2MRRGF5>.
28. UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016. *The International Institute for the Unification of Private Law*. URL : <http://bit.ly/3cQM8VY>.
29. Решение МКАС при ТПП Украины от 02.09.2016 г. в деле № 123. *International Commercial Arbitration Court at the Ukrainian Chamber of Commerce and Industry*. URL : <https://bit.ly/3aSyLLI>.
30. *Harris B., Planterose R., Tecks J. The Arbitration Act 1996: a commentary*. 4th ed. Oxford : Blackwell Publishing Ltd, 2007. 507 p. <https://doi.org/10.1002/9781118853412>.
31. *Bělohávek A. J. Application of Law in Arbitration, Ex Aequo et Bono and Amiable Compositeur. Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration. Borders of Procedural and Substantive Law in Arbitral Proceedings*. 2013. P. 25–51.
32. *Poudret J.-F., Besson S. Comparative Law of International Arbitration*. Sweet & Maxwell, 2007. 952 p.
33. *Dursun A. G. S. A Critical Examination of the Role of Party Autonomy in International Commercial Arbitration and an Assessment of its Role and Extent. Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 2012. № 1. P. 161–188.

Надійшла до редакції 12.06.2020

Volodymyr NAHNYBIDA

Leonid Yuzkov Khmelnytskyi University of Management and Law

Implementation of the Principle of Party Autonomy in Determining the Law Applicable to the Substance of Dispute in International Commercial Arbitration

The article examines the essence and significance of the principle of party autonomy in international commercial arbitration when choosing the law applicable to the substance of the dispute. Terminological issues of the content of the concepts «essence of the dispute» and «applicable law» are considered separately. It is suggested that the substance of the dispute, to which the substantive law chosen by the parties or established by the arbitral tribunal applies, should cover a wide range of issues related to the rights and obligations of the parties arising from the conclusion, interpretation, enforcement, violation, termination or invalidity of the relevant foreign trade contract. It is summarized that the implementation of the party autonomy to choose the applica-



ble substantive law by including in the foreign trade agreement the relevant provision is based on the normative permission enshrined in the lex fori, under whose jurisdiction arbitration takes place, and has its consequences in recognizing and enforcing arbitral awards. The author points out that the arbitrators have no obligation to apply the substantive law of the state of the place of arbitration to the substance of the dispute, which corresponds to the right of the parties to determine such a right independently, without imperative binding to a particular legal system.

It is concluded that the delineation of the choices of substantive law before the parties is not regulated by law, leaving these issues to the discretion of the parties and the arbitration, for the analysis of which one should turn to science, arbitration and court case law. It is also necessary to consider options for establishing the substantive law applicable to the substance of the dispute: on the basis of direct or indirect choice made by the parties, or, in the absence or defect, the impossibility of realization of such a choice, the establishment of applicable law by an arbitration tribunal according to conflict of laws it considers appropriate. This logic is enshrined in all of the national arbitration laws which are analysed and is traced in the rules of arbitration institutions. The article argues that today the parties are free to choose not only national legal systems, but also non-national legal regulators (transnational principles of law, business practices, etc.), can subject various aspects of the dispute to different legal instruments with different degrees of binding power, and also to withdraw from them altogether and agree to settle the case in accordance with the equity principles or to give the arbitrator the mandate of an «amiabile compositeur».

Keywords: *principle of party autonomy, international commercial arbitration, applicable law, ex aequo et bono, conflict of laws.*