

УДК 341.96

DOI <https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.10.37>**Герман Галущенко,**

канд. юрид. наук,

доцент кафедри міжнародного приватного права

Інституту міжнародних відносин

Київського національного університету імені Тараса Шевченка

СУЧАСНІ КОНЦЕПЦІЇ ВИЗНАЧЕННЯ ПРАВА, ЩО ПІДЛЯГАЄ ЗАСТОСУВАННЮ ДО СУТІ СПОРУ В МІЖНАРОДНОМУ АРБІТРАЖІ

У статті досліджуються дві сучасні концепції визначення права, що підлягає застосуванню до суті спору в міжнародному арбітражі, а саме концепція прямого вибору та концепція непрямого вибору (в іноземній науковій літературі ці принципи також відомі як *voie indirecte* та *voie directe*). Ці концепції сьогодні є загально визнаними та широкоживаними в різних іноземних законодавствах, а також закріплені в міжнародних універсальних договорах про вибір застосованого права. У статті досліджується історія і причини виникнення та розвитку кожної концепції, їхні характерні риси, особливості та принципи, на основі яких ці концепції застосовуються. Автор звертає увагу на практичні аспекти застосування кожної концепції, виділяє їхні недоліки та переваги. Також у статті здійснюється порівняльний аналіз спільних та відмінних рис наведених концепцій. Визначено складові категорії кожної концепції. Автор також охарактеризував поняття принципу автономії волі у сучасному міжнародному праві та проаналізував його в розрізі застосування прямої та непрямой концепції у виборі застосованого права арбітрами різних міжнародних арбітражних інституцій. Проаналізовано положення міжнародних універсальних договорів, які регулюють питання вибору права міжнародним арбітражним трибуналом до суті спору у випадку, коли сторони спору не передбачили або прямо не передбачили право, яке буде застосовуватися. Значна увага також приділяється окремим положенням національного права, які закріпили зазначені концепції на законодавчому рівні. Окрім того, автор аналізує регламенти різних арбітражних інституцій у частині регулювання питань, пов'язаних із вибором права, що буде застосовуватися арбітрами до суті спору в тих випадках, коли сторони самостійно не обрали таке право. Звертається увага на критику кожної концепції з боку сучасних вчених-правників та практикуючих юристів.

Ключові слова: міжнародне приватне право, міжнародний арбітраж, іноземне право, *voie indirecte*, *voie directe*, принцип автономії волі.

Постановка проблеми. Застосування міжнародними арбітражними трибуналами концепцій вибору іноземного права для вирішення суті спору в тих випадках, коли сторони не передбачили вибір застосованого права або непрямо передбачили такий вибір.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. У вітчизняній науковій літературі сьогодні наукові роботи, присвячені концепціям визначення права, що підлягає застосуванню до суті спору в міжнародному арбітражі, були підготовлені такими авторами: Реутовим І.Н., Ніколюкіним С.В., Бардіною М.П. та Асосковим А.В.

Мета статті є дослідження історії, причин виникнення та розвитку двох основних концепцій – *voie indirecte* та *voie directe* – вибору міжнародними арбітражними трибуналами права, що підлягає застосуванню до суті спору в тих випадках, коли сторони

не зробили цей вибір або якщо такий вибір є непрямим. Також метою статті є аналіз та порівняння цих концепцій, виявлення їхніх недоліків та переваг.

Виклад основного матеріалу. Одним із основних принципів міжнародного приватного права є принцип автономії волі сторін, відповідно до якого сторони можуть самостійно вирішувати питання про вибір права та принципів, які будуть регулювати їхні правовідносини. Цей принцип водночас є і одним із найважливіших принципів у міжнародному арбітражі, він дозволяє сторонам договору вирішувати питання про застосовне право не лише до моменту виникнення спору, але і на пізніших етапах, таких як розгляд спору арбітражним трибуналом. Інститут автономії волі дозволяє сторонам під час вибору застосованого права передбачати, яким чином буде вирішуватися спір

між ними в разі його виникнення. Водночас вибір сторонами застосовуваного права не є їхнім обов'язком. У разі, коли все ж сторони бажають обрати право, такий вибір має бути чітко сформульованим, оскільки в протилежному випадку вибір іноземного права буде здійснюватися арбітражним трибуналом. Зокрема, п. 1 ст. 3 Регламенту Європейського Парламенту та Ради ЄС № 593/2008 про право, що застосовується до договірних зобов'язань (Рим 1) 2008 року, передбачає, що договір регулюється правом, обраним сторонами, та вибір права має бути прямо вираженим або однозначно витікати з положень договору або обставин справи [1].

На практиці сторони не завжди здійснюють вибір права, і тоді арбітражний трибунал, беручи до уваги всі обставини правовідносин, робить вибір іноземного права, яке буде застосовуватися у цій справі. У випадку неявно вираженого права сторонами арбітри самостійно обирають його з урахуванням документів, дій чи слів, які можуть свідчити про намір сторін підпорядкувати свої правовідносини певному іноземному правопорядку. Варто зазначити, що в такому випадку значна увага приділяється мові договору, а також характеру правовідносин.

Особливістю вибору права, яке застосовується до суті арбітражного спору, має свої особливості. По-перше, свобода сторін у питанні вибору застосовуваного права передбачає можливість обрати не лише національне право певної держави, але і позанаціональні норми права чи навіть *lex mercatoria*. По-друге, арбітражний трибунал, який здійснює вибір іноземного права, має широку свободу у виборі колізійних прив'язок, які будуть регулювати вибір застосовуваного права [2, ст.ст. 21–23].

У доктрині міжнародного приватного права є дві концепції вибору іноземного права арбітрами, в разі якщо цей вибір не був зроблений сторонами: концепція *voie indirecte* (непрямий вибір права) та *voie directe* (прямий вибір права). Далі розглянемо кожну із цих концепцій більш детально.

Концепція непрямого вибору є досить поширеною та вважається традиційною. Відповідно до цієї концепції арбітри обирають застосовуване право на основі колізійної прив'язки *lex loci arbitri* (право місця проведення арбітражу) або іншої колізійної прив'язки, яку арбітражний трибунал буде вважати відповідною в кожній окремій справі.

Прибічники цієї концепції вважають, що такий підхід є оптимальним, оскільки його беззаперечною перевагою є його високий ступінь правової визначеності та передбачу-

ваності під час вирішення колізії арбітражним трибуналом.

Водночас дана концепція часто критикується науковцями за те, що в такому випадку арбітраж «уподібнюється» державним судам. Критики цієї концепції зазначають, що вибір сторонами місця проведення арбітражу може не мати нічого спільного з колізійними нормами держави його місця знаходження. Як правило, колізійні норми місця знаходження арбітражу не мають жодного зв'язку зі спором, тому їхнє застосування може призвести до непередбачуваних та нелогічних результатів. [3, ст. 97] При цьому варто зазначити, що дуже часто сторони зовнішньоекономічного спору обирають певну арбітражну інституцію, беручи до уваги її географічне розташування, а саме її географічну доступність.

Прикладом конвенційного закріплення цієї концепції є ст. 7 Європейської конвенції про зовнішньоторговельний арбітраж 1961 року. Відповідно до цієї статті у випадку відсутності угоди сторін про застосовуване право арбітраж буде самостійно вирішувати питання про вибір права на основі колізійної норми, яку він вважатиме у цьому випадку такою, що підлягає застосуванню. При цьому арбітри будуть брати до уваги положення контракту та торговельні звичаї [4].

Ще одним міжнародним правовим інструментом, який застосовує цей підхід, є Арбітражний регламент ЮНСІТРАЛ у редакції 1976 року. Зокрема, п. 1 статті 33 передбачає, що в разі відсутності будь-якої вказівки сторін арбітражний трибунал буде застосовувати право, визначене відповідно до колізійних норм, які він вважає застосовуваними [5].

Типовий закон ЮНСІТРАЛ щодо міжнародного торговельного арбітражу 2006 року, а саме п. 2 статті 28, також передбачає аналогічне правило [6].

Таким чином, концепція непрямого вибору характеризується ліберальністю та можливістю для арбітрів вільно обирати застосовуване право в разі, коли сторони не зробили цього. На практиці така повна свобода вибору колізійних норм для визначення застосовуваного права все ж не призвела до того, що арбітри повністю відмовилися від звернення до колізійних норм держави місця знаходження арбітражу, але вони почали обирати ці колізійні прив'язки не в силу такого зобов'язання, а в силу свободи вибору, і обирають їх, бо вважають такими, що підлягають застосуванню [7, ст. 86].

У 60-70-ті роки минулого століття в США був запропонований ще більш прогресивний спосіб вирішення питання про застосовуване іноземне право, в основі якого було заперечення значущості колізійних норм як таких.

Під час вирішення питання про застосовуване право замість цих норм пропонувалося застосовувати певні «підходи» на основі факторів, які арбітри мали брати до уваги під час прийняття рішення про застосовуване право. Такі фактори включали: закон ймовірного місця виконання арбітражного рішення, «очікування» сторін правовідносин, правопорядок, який мав найбільш тісний зв'язок із правовідносинами.

Такий підхід із часом удосконалився та отримав назву *voie directe* (концепція прямого підходу). Дана концепція передбачає надання арбітрам певної свободи у виборі застосовуваного права, за якої вони можуть не використовувати колізійні норми. Це означає, що визначення права, що підлягає застосуванню до суті арбітражного спору, здійснюється або шляхом безпосереднього звернення до матеріального права певної держави, обраної у зв'язку з обставинами договору та спору, або шляхом обґрунтування рішення виключно на підставі договору і загальноприйнятих принципів права.

Уперше на законодавчому рівні ця концепція була закріплена у статті 1496 у Цивільному процесуальному кодексі Франції 1981, який був прийнятий у 1981 році. Ця стаття передбачала, що арбітраж вирішує спір відповідно до норм права, які були обрані сторонами; у випадку відсутності такого вибору арбітраж сам повинен обрати його відповідно до норм, які він буде вважати відповідними [8, ст. 32]. У зв'язку із цим дана концепція також іноді називається «французькою».

Концепція прямого підходу досить широко розповсюдилася та закріпилася в регламентах багатьох міжнародних арбітражних інституцій. Зокрема, п. 1 ст. 22 Арбітражного регламенту Стокгольмської торгової палати передбачає, що в разі відсутності угоди сторін про право, що буде застосовуватися, склад арбітражу застосовує закон (закони) або норми права, які він вважає найбільш підходящими. Окрім цього, п. 2 ст. 22 передбачає, що будь-яка вказівка сторін на законодавство будь-якої держави повинна тлумачитися як безпосереднє відсилання до матеріального права даної держави, а не до його колізійних норм [9]. Аналогічне положення міститься у ст. 22.3 Регламенту Лондонського Міжнародного Третейського Суду [10]. Ще одним схожим прикладом є п. 1 ст. 21 Регламенту Міжнародного Арбітражного суду Міжнародної торгової палати, який передбачає те, що в разі відсутності згоди сторін щодо застосовуваного права склад арбітражу застосовує норми права, які він вважає відповідними [11]. Пункт 2 ст. 27 Регламенту Віденського міжнарод-

ного арбітражного центру передбачає, що в разі відсутності вибору сторонами спору застосовуваного права арбітражний суд буде мати повноваження вирішувати, які законодавчі положення або норми права застосовувати [12].

Варто також сказати, що чимало європейських держав закріпили концепцію прямого вибору застосовуваного права у своїх національних законах. Наприклад, п. 2 ст. 34 Закону Іспанії «Про арбітраж» (2003 року) передбачено, що арбітри вирішують спір відповідно до тих норм права, які були обрані сторонами, а якщо сторони не вказали ці норми, то відповідно до тих норм права, які вони будуть вважати застосовними [13].

Далі розглянемо Цивільний Процесуальний Кодекс ФРН 1996 року. Стаття 1051 цього кодексу передбачає, що арбітражний суд вирішує спір відповідно до норм права, які сторони обрали у якості застосовного права до суті спору. Більше того, будь-яка вказівка сторін на право чи систему права будь-якої держави повинна тлумачитися як безпосереднє відсилання до матеріального права цієї держави, а не до її колізійних норм. У разі відсутності будь-якої вказівки сторін арбітражний суд буде застосовувати право тієї держави, з якою предмет спору буде мати найбільш тісний зв'язок [14, ст. 15].

При усій вживаності концепції прямого вибору існують певні її недоліки, за які ця концепція також піддається критиці. Так, основний аргумент проти застосування цієї концепції полягає в тому, що він робить для сторін неможливим передбачити, яке саме право арбітри вирішать застосовувати. Така відсутність передбачуваності не лише впливає на вибір сторін щодо арбітражної інституції, а й також призводить до того, що сторони не бажають звертатися до арбітражу в цілому. Варто також сказати, що під час прямого вибору права арбітри часто вдаються до пошуку застосованого права через найбільш пов'язані із правовідносинами фактори, а це означає, що прямий вибір не виключає в цілому застосування колізійних прив'язок, але при цьому арбітри не повинні обґрунтовувати такий вибір.

Висновки

Отже, розглянуті концепції вибору права хоч і пропонують звертати увагу на різні фактори при виборі застосовного права, цілями такого вибору є справедливе та передбачуване арбітражне рішення. Концепція прямого вибору є класичною та передбачає застосування колізійного права, в той час як концепція непрямого вибору надає арбітрам

широкі повноваження, в силу яких вони на власний розсуд (не беручи до уваги принцип найбільш тісного зв'язку) можуть обирати іноземне право. Ще одна важлива різниця між цими двома концепціями полягає в тому, що концепція прямого підходу дозволяє арбітрам застосовувати позанаціональні джерела права для вирішення спору, які не мають географічного зв'язку з договором та не застосовуються в рамках класичного колізійного права.

Список використаних джерел:

1. Регламент Європейського Парламенту та Ради ЄС № 593/2008 про право, що застосовується до договірних зобов'язань (Рим I). URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_905.
2. Реутов І.Н. Применимое право (lex causae) в міжнародном комерческом арбитраже. 2013. URL : <https://blogs.korrespondent.net/blog/users/3217645-применуемое-право-lex-causae-v-mezhdunarodnom-kommercheskom-arbitrazhe>.
3. Николюкин С.В. К вопросу о специфике альтернативных арбитражных соглашений. *Арбитражный и гражданский процесс*. 2008. № 2.
4. Бардина М.П. Определение права, примененного к существу спора международным коммерческим арбитражем. *Государство и право*. 2010. № 9.
5. Європейська конвенція про зовнішньоторговельний арбітраж. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_069.
6. Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_059.
7. Типовий закон ЮНСИТРАЛ щодо міжнародного торговельного арбітражу 2006 року. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_879.
8. Бардина М.П. Определение права, примененного к существу спора международным коммерческим арбитражем. *Государство и право*. 2010. № 9.
9. Асосков А.В. Коллизонное регулирование договорных обязательств. Москва : Инфотропик Медиа, 2012. 640 с.
10. Arbitration Rules of the Stocholm Chamber of Commerce. URL : https://sccinstitute.com/media/293614/arbitration_rules_eng_17_web.pdf.
11. Регламент LCIA (Лондонского Международного Третейского суда). URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_124.
12. ICC Rules of Arbitration. URL : https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/#article_21.
13. VIAC Rules of Arbitration and Mediation. URL : <https://www.viac.eu/en/arbitration/content/vienna-rules-2018-online#ApplicableLawAmiableCompositeur>.
14. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje / Organo Jefatura del Estado. URL : http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/160-2003.t6.html#a34.
15. Гражданский Процессуальный Кодекс ФРГ 1996 г. / Германский фонд международного правового сотрудничества. Бонн, ФРГ / Пер. с нем. А.С. Королкова. 2000 г.

The article deals with two modern concepts on determination of law that is subject to application to a dispute in international arbitration, namely, the concept of direct choice and the concept of indirect choice (in foreign scientific literature, these principles are also known as voie indirecte and voie directe). These concepts are now widely accepted and widely used in various foreign laws, as well as enshrined in international universal treaties on choice of applicable law. The article studies the history and causes of emergence and development of each concept, its characteristics and principles on which these concepts are applied. The author draws attention to the practical aspects of application of each concept, highlights their disadvantages and advantages. The article also provides a comparative analysis of the common and distinctive features of the above concepts. The constituent categories of each concept are identified. The author also describes the concept of the principle of party autonomy in modern private international law and analyzes it in the context of application of the direct and indirect concepts during the choice of applicable law by the arbitrators of various international arbitration institutions. The provisions of international universal treaties governing choice of law by the international arbitral tribunal to the merits of the dispute in cases where the parties to the dispute did not or did not explicitly provide for the law to be applied are analyzed. Considerable attention is paid to the specific provisions of domestic legislations that have enshrined these concepts at the legislative level. In addition, the author analyzes the rules of various arbitration institutions regarding regulation of choice of law to be applied by the arbitrators to the merits of the dispute in cases where the parties have not done so. Attention is also drawn to the criticism of each concept by modern legal scholars and practitioners.

Key words: private international law, international arbitration, foreign law, *voie indirecte*, *voie directe*, party autonomy principle.