

8. Корбут Л.В. Международные реки – история и современность / Л.В. Корбут, Ю.Я. Баскин // Советский ежегодник международного права 1979 г. – М.: Изд-во «Наука», 1980. – С. 266–273.
9. Resolution on the Use of International Non-Maritime Waters / Sources of international water law, FAO Legislative study 65 // [S.Burchi (edit.)]. – Rome, 1998. – P. 278–279, p. 278.
10. Bogdanovic S. International Law of Water Resources: Contribution of the International Law Association (1954-2000) / Bogdanovic S. – London: Kluwer Law International, 2001. – XXXI, 436 p.
11. Berlin Conference / C.Baker (edit.) [Electronic resource] // ILA Newsletter, 2004. – №21. Mode of access: <http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/96AFE5AD-2B14-4BAE-BBD8E1024E30AAAC>. – Title from the screen.
12. Report of the Intergovernmental Working Group of Experts on Natural Resources Shared by Two or More States on the Work of its Fifth session / United Nations Environmental Programme Governing Council. – Vol.12/2.
13. Report of the International Law Commission on the work of its Fifty-fourth session / International Law Commission. – United Nations Documents A/57/10, 2002.
14. Report International Law Commission on the work of its Fifty-fifth session / Shared natural resources: first report on outlines, by Chusei Yamada. – A/C.4/533.
15. Sixth Committee of the UN General Assembly. Summaries of work of the 58th session [Electronic resource] / Report of the International Law Commission. – Mode of access: www.un.org/law/cod/sixth/58/sixth58.htm. – Title from the screen.
16. Gorove S. The Concept of the Common Heritage of Mankind: a Political, Moral or Legal Innovation / S.Gorove // San Diego Law Review. – V. 9:390, 1972. – P.394.
17. Yamada C. Lecture on Shared Natural Resources at the thirty-ninth session of the IL seminar dated 7 July to 25 July 2003. Quoted from Rainne J. The Work of the International Law Commission on the Shared Natural Resources: the Pursuit of Competence and Relevance // Nordic Journal of International Law. Vol. 75, 2006. – P. 324.
18. Report of the International Law Commission on Its Work on the Sixtieth Session. United Nations / General Assmebly Resolution, 62d Sess.– Supp.No 10. – UN Doc.A/63/10, 2008.

УДК 341.1: 341.388

ОСОБЛИВОСТІ ЗАСТОСУВАННЯ МІЖНАРОДНИМ КОМЕРЦІЙНИМ ТРИБУНАЛОМ НОРМ МІЖНАРОДНОГО ПУБЛІЧНОГО ПРАВА І ЗАГАЛЬНИХ ПРИНЦИПІВ ПРАВА

Лобовик Б.С., аспірант

*Інститут міжнародних відносин
Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

У статті досліджується питання застосування міжнародними комерційними трибуналами ненаціонального права, тобто міжнародного публічного права або загальних принципів права. На прикладі практики трибуналів (наприклад, трибуналу між США та Іраном), проаналізовані ситуація вирішення судом питань щодо застосування трибуналом ненаціонального права, тлумачення ним волі сторін у цьому аспекті.

Ключові слова: ненаціональне право, трибунал, міжнародне публічне право, загальні принципи права, арбітраж.

Лобовик Б.С. ОСОБЕННОСТИ ПРИМЕНЕНИЯ МЕЖДУНАРОДНЫМ КОММЕРЧЕСКИМ ТРИБУНАЛОМ НОРМ МЕЖДУНАРОДНОГО ПУБЛИЧНОГО ПРАВА И ОБЩИХ ПРИНЦИПОВ ПРАВА / Институт международных отношений Киевского национального университета имени Тараса Шевченко, Украина

В статье исследуется вопрос применения международным коммерческим трибуналом ненационального права, то есть норм международного публичного права или общих принципов права. На примере практики трибуналов (например, трибунала между США и Ираном) проанализирована ситуация решения судом вопроса касательно применения ненационального права, толкования воли сторон в этом аспекте.

Ключевые слова: ненациональное право, трибунал, международное публичное право, общие принципы права, арбитраж.

Lobovyk B.S. THE NATURE OF APPLICATION OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW AND GENERAL PRINCIPLES OF LAW BY THE INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION / Institute of international relations of Taras Shevchenko Kyiv national university, Ukraine

The article dwells on the issue of application of norms of public international law or general principles of law by International Commercial Arbitration which grounds on the practice of such tribunals as US-Iran Claim Tribunal. Moreover, the issue of the deciding on the matter of application of such norms and principles is raised in the article.

Key words: non-national law, tribunal, public international law, general principles of law, arbitration.

На етапі розгляду міжнародним арбітражним трибуналом справи по суті, після того як питання підсудності і фактів встановлено, останній має застосовувати право, яке, як правило, обирають сторони спору. У випадку, коли сторони обирають ненаціональне право або не вказують, матеріальні норми якого права можуть застосовуватися трибуналом, арбітраж може користуватися міжнародним правом (далі – МП), а також загальними принципами права для вирішення спору.

Не дивлячись на те, що міжнародне публічне право застосовується переважно в правовідносинах між державами як первинними суб'єктами МП, МП все ж є динамічним процесом прийняття рішень із чималою кількістю учасників [1, 39]. Таким чином, до більш широкого поняття «учасник» – суб'єкт МП, можуть включатися транснаціональні корпорації, неурядові громадські організації, а також інші суб'єкти приватного права поруч із державами та міжнародними неурядовими організаціями [1, 50]. Фактично такими «учасниками» були і фізичні та юридичні особи, які захищали свої інтереси в арбітражному трибуналі, які були порушені внаслідок інциденту між Іраном та США в 1979 році [2]. З цією метою і застосовувалася Конвенція про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами 1965 року (далі – Вашингтонська конвенція) [3].

Крім того, сучасна тенденція в міжнародному комерційному арбітражі проявляється в знятті більшості обмежень автономії волі сторін. Фактично в багатьох випадках сторони мають можливість обрати будь-яке національне право і навіть норми права. Тому видається логічним, що і вибір МП або загальних принципів права в якості права для застосування, є цілком «життєздатним», особливо у випадках, коли стороною договору є держава чи інший «класичний» суб'єкт МП [4, 430].

Як стверджує Р. Хіггінз, випадки, де договір, у якому однією зі сторін договору є держава (представлена певним державним органом), а іншою – особа приватного права, передбачає розгляд потенційних суперечок, міжнародним комерційним арбітражем, все більше зустрічається в сучасній практиці. У таких випадках клаузули про вибір права найчастіше містять посилання на певну систему права (тобто, право певної країни), або на «загальні принципи права», або на «право країни А і відповідні принципи загального міжнародного права», або іншу подібну формулу.

Так, особа приватного права уникає необхідність залучати державні органи своєї держави для вирішення спору в разі спору з іншою державою та для розв'язання спорів між нею і такою державою може застосовуватися МП. Наприклад, якщо Держава А і Особа Б уклали договір, відповідно до сучасних тенденцій можливість Держави А змінювати умови договору в односторонньому порядку, а також питання про розмір відшкодування збитків Особи Б, як правило, вирішується на основі МП [1, 53]. Арбітражні застереження в договорах та арбітражні угоди, які містять посилання на міжнародне право в якості матеріального права договору/права, що застосовуються для вирішення суперечок, пов'язаних із договором, є практичним підтвердженням того, що особи приватного права можуть прямо підпадати під дію норм міжнародного публічного права.

Постає питання, яким чином міжнародне право та міжнародно-правові звичаї застосовуються до таким відносин, адже МП не містить достатній інструментарій для врегулювання договірних відносин комерційного обороту. Такі питання, як укладання договору, дійсність договору,

виконання договору, форс-мажор, відповідальність сторін, уступка права тощо, не в достатній мірі регулюються МП. Це рівною мірою стосується і «загальних принципів права», тим більше, що останні являють собою здебільшого технічні допоміжні норми, які допомагають встановити зміст норми права або стосуються процесуальних аспектів.

Поєднання міжнародного і національного права в якості права, яке підлягає застосуванню відповідно до умов арбітражного застереження, можна було спостерігати на практиці в трьох арбітражних процесах, пов'язаних з націоналізацією в Лівії [5, 14]. Відповідно до клаузул про вибір права, до всіх спорів, пов'язаних з правовідносинами, які виникли з угод про концесію, мало застосовуватися право Лівії в частинах, у яких воно відповідає принципам МП, а питання, які право Лівії регулює іншим чином, ніж у відповідності з принципами МП, повинні регулюватися відповідно до тих загальних принципів права, які можуть застосовуватися арбітражним трибуналом. Однак тільки в одному з трьох арбітражів такий вибір права ефективно спрацював, тобто, право застосовувалося саме відповідно до намірів сторін. В інших двох випадках арбітри або невірно зрозуміли, або невірним чином застосували клаузулу про вибір права [4, 172].

З першого погляду, текстуальне тлумачення цих клаузул про вибір права дає змогу дійти висновку, що наміром сторін було застосування до їх правовідносин у першу чергу принципів права Лівії (в тій мірі, у якій вони відповідали б принципам МП), і що право Лівії не повинно було застосовуватися лише у випадку, коли воно не відповідало б зазначеним принципам. У справі *Texaco* єдиний арбітр дійшов висновку, що ця клаузула мала на меті в першу чергу застосування міжнародного публічного права, а в справі *BP* єдиний арбітр вирішив, що така клаузула означає вибір загальних принципів права, мотивуючи це тим, що вибір права/системи права, яке підлягає застосуванню до правовідносин сторін за певним договором, повинно бути прямо виражене, і, власне, за відсутності такого прямо вираженого вибору права, у контексті існуючої в контракті клаузули про вибір права, за відсутності принципів/норм права, спільних для права Лівії і МП, повинні застосовуватися загальні принципи права, серед яких, у першу чергу ті, які застосовуються зазвичай міжнародними трибуналами і арбітражами [6]. Однак арбітри не надали належної ваги праву Лівії, яке було зазначене як основний правопорядок у клаузулі про вибір права в жодній зі справ.

У справі *Liamco* арбітр ближче підійшов до розуміння справжнього наміру сторін щодо змісту клаузули про вибір права. Він дійшов висновку, що матеріальним правом, яке підлягає застосуванню до договору, є право Лівії, але, у той же час, він вирішив, що цією клаузулою виключалися будь-які норми права Лівії, які суперечили б принципам МП [7].

До аналогічних висновків дійшли арбітри в справі *Aminoil* стосовно визначення права, яке підлягає застосуванню до договору комерційної концесії, укладеного між компанією *Aminoil* та урядом Кувейту. Дія цього договору фактично припинилася внаслідок націоналізації нафтової промисловості в Кувейті. Уряд Кувейту запропонував компанії *Aminoil* «справедливу компенсацію». Сторони цього договору в арбітражній угоді домовилися, що суперечки, які виникатимуть між ними, будуть вирішуватися арбітражем «на основі права», але залишили вибір «права» арбітрам зі вказівкою на те, що останні повинні взяти до уваги «характер сторін і особливості їх правового статусу, міжнародний характер відносин між сторонами, а також, принципи права і практики, які превалюють у сучасному світі» [8].

Виходячи з вищезазначеного, компанія *Aminoil* доводила, що до договору комерційної концесії мало застосовуватися транснаціональне право, у якому компанія *Aminoil* вбачала загальні принципи права, включаючи принцип *pacta sunt servanda*, принцип відшкодування збитків, принцип поваги до прав і свобод, принцип заборони безпідставного збагачення, принцип добросовісності, принцип заборони зловживання правами і принцип естопелю. У свою чергу, уряд Кувейту наполягав на застосуванні права Кувейту, частиною якого були норми МП.

Рішення арбітражного трибуналу щодо матеріального права договору є цікавим з двох причин. По-перше, справа *Aminoil*, у якій однією із сторін спору була держава, стала поворотним моментом при розгляді арбітражами спорів, що впливають із так званих «державних контрактів». По-друге, враховуючи одночасне істотне збільшення кількості справ, які виносяться на розгляд Міжнародного центру з розгляду інвестиційних спорів, науковці і

практики стали все більше і більше приділяти уваги таким комплексним клаузулам про вибір права, як у справі *Aminoil*.

Арбітражний трибунал у своєму рішенні в справі відзначав, що питання про вибір і застосування матеріального права в даній справі не було занадто складним. Право Кувейту мало застосовуватися до багатьох аспектів правовідносин сторін, з котрими воно було безпосередньо пов'язано. Але, як і зазначалося самим урядом Кувейту, певні норми міжнародного публічного права є частиною права Кувейту так само, як і загальні принципи права є, у свою чергу, частиною міжнародного публічного права. Таким чином, арбітражний трибунал прийшов до висновку, що різні джерела права, які могли б теоретично застосовуватися до правовідносин сторін виходячи з положень клаузули про вибір права, принаймні в цьому випадку не суперечили одне одному, оскільки МП є частиною права Кувейту, а загальні принципи права, відповідно, визнають право держави бути суверенним захисником загального інтересу.

Здавалося б, повага арбітражного трибуналу до права приймаючої країни стала переломним моментом у так званій «інтернаціоналізації» міжнародних контрактів, яка відзначається певним рівнем зневаги до права зацікавленої держави.

Використання конгломерату різних систем права і правових норм, таке як, наприклад, передбачене в статті 42 Вашингтонської конвенції, у випадках відсутності прямо вираженого вибору права сторонами спору, видається компромісним і найбільш перспективним підходом до застосування міжнародним комерційним арбітражем матеріального права до правовідносин сторін за договором, однією зі сторін якого є держава. З одного боку, застосування права держави, яка є стороною спору, належним чином відображає статус держави як суверена, який має монополію на регулювання відносин на своїй території. Як правило, до регулювання відносин за договором застосовується право за місцем укладання, тобто право конкретної держави. З іншого боку, шляхом посилання МП та/чи загальні принципи права, надають певні гарантії іншій стороні договору – особі приватного права, яка підпадає під іншу юрисдикцію. Звичайно, такий підхід потребує зваженого застосування національного і МП, також необхідно досягти належного балансу між цими джерелами права.

Попередні ілюстрації продемонстрували, куди може завести пошук «нейтрального» права, особливо щодо «державних контрактів». Однак такий пошук є актуальним не тільки для «державних контрактів». Ще одним рішенням, яке здобуло визнання на теоретичному рівні та інколи використовується в практиці, метою якого є досягнення балансу і захищення прав обох сторін спору, є обрання сторонами спору національного права своїх держав – тобто, доктрина *trunc commun*.

Справа *Sapphire* ілюструє проблеми захисту прав особи приватного права – сторони «державного контракту» – від змін у національному законодавстві держави – іншої сторони цього договору. У цій справі сторони не зробили прямо вираженого вибору права [9, 390-412]. Разом з тим, в інших договорах комерційної концесії, однією зі сторін яких був відповідач у цій справі – Національна іранська нафтова компанія – містилися ідентичні застереження про вибір права наступного змісту: оскільки договір є багатонаціональним, він регулюється і тлумачиться відповідно до норм і принципів права, спільними для Ірану та інших держав, де створені і зареєстровані інші сторони цього договору, і за відсутності таких спільних принципів – відповідно до принципів права, визнаних цивілізованими народами в цілому, включаючи такі принципи, які застосовуються міжнародними трибуналами та арбітражами.

Такий вибір права відповідає концепції доктрини *trunc commun*. У цій ситуації перед арбітрами ставилася наступна задача: визначити, які принципи права Ірану є також принципами права держав, у яких зареєстровані/створені інші сторони договору, і застосувати ці спільні принципи до питань, які визначають предмет спору між сторонами. Однак арбітри не спромоглися це зробити. Вони протлумачили цю клаузулу як таку, що дозволяє їм, власне, не застосовувати право Ірану (не зважаючи на те, що цей вибір впливав безпосередньо з клаузули про вибір права), що дозволяє їм відразу застосувати загальні принципи права, пояснюючи це наступним чином. З тексту застереження про вибір права чітко випливає, що сторони мали намір виключити застосування права Ірану. Проте сторони не здійснили вибір іншої системи права. Усі інші супутні обставини, які аналізувалися в процесі розгляду даної справи, вказують, що

сторони розраховували, що загальні принципи права, визнані цивілізованими народами, застосовуватимуться до питань виконання цього договору та тлумачення його положень.

Як бачимо, якщо метою положень клаузули про вибір права було застосування конгломерату права, а саме як вибір системи поєднаних правових принципів і норм різних правопорядків, то ця клаузула не досягла своєї мети.

Пізніше в іншій справі *Channel Tunnel* так само виникло питання про застосування конгломерату правових принципів, яка й досі аналізується в науковій літературі [10]. У цій справі концесіонарії, Євротунель, уклали договір будівельного підряду з групою англо-французьких компаній, під назвою Транс-Манш Лінк (*Trans-Manche Link*). У договорі між цими особами приватного права в якості матеріального права сторонами було обрано не національне право однієї зі сторін, а загальні принципи права, спільні для правових систем держав - сторін договору. Відповідно до клаузули про вибір права, «договір в усіх відношеннях має регулюватися і тлумачитися відповідно до принципів права, спільних для права Англії і Франції, а за відсутності таких спільних принципів – загальними принципами права міжнародної торгівлі, що застосовуються національними і міжнародними арбітражами і трибуналами» [10].

Як зазначив М. Рубіно-Самартано, договір щодо будівництва тунелю під Ла-Маншем є прикладом прямо вираженого вибору права сторонами спору, де проблема вибору права застосування не постає [11, 59]. Однак все ж виникає питання, яким чином визначити спільні для права Франції і Англії принципи, що мають застосовуватися до вирішення спору по суті, у площині численних спірних питань між сторонами. Кожній зі сторін для вирішення цього питання довелося залучити чимало консультантів з англійського і французького права.

На одній із стадій спору Євротунель звернувся до судів Англії з клопотанням про застосування запобіжних заходів, які б унеможливили здійснення будівельних робіт групою Транс-Манш. Один із суддів англійського Апеляційного суду, в якому розглядалася справа, при вирішенні питання вибору права, відзначив незвичність факту, сторони договору не обрали ані англійське, ані французьке матеріальне право, віддавши перевагу арбітражному форуму в Брюсселі, адже очевидним є те, що такі обставини лише ускладнюють і уповільнюють процес розгляду справи [12].

Крім того, юридичний консультант однієї зі сторін зазначав: «основною причиною проблеми застосування цієї клаузули, відповідно до якої підлягають застосуванню принципи права, спільні для французького і англійського права, є те, що хоча обидві ці системи права дають схожі відповіді на одні й ті ж самі юридичні питання, вони не містять групу спільних принципів, яка є необхідною для ефективного вирішення договірних спорів» [13, 181].

Не дивлячись на те, що Апеляційний суд Англії і досить критично відгукнувся щодо клаузули про вибір права, він ніякою мірою не поставив під сумнів юридичну силу цього положення договору про вибір права. Ця точка зору ще чіткіше простежується в рішенні Суду Палати Лордів: «Сторони обрали невизначене матеріальне право, яким мають регулюватися їхні правовідносини, складний спосіб встановлення змісту і обсягу їх прав, правозастосовний форум за межами їх юрисдикцій. Ця нарочито нейтральна, «а-національна» і юридично надскладна структура, можливо, відповідала особливостям проекту з будівництва тунелю між Ла-Маншем. Однак, незважаючи на те, чи така структура була виправдана, чи ні, це залишається вибором сторін» [13, 337].

Проект із будівництва тунелю під Ла-Маншем був одним із найбільших міжнародних будівельних проектів минулого століття. Звичайно, навіть якщо тільки одна система права була б обрана як регулююча – англійська або французька – все рівно сторонам проекту довелося б залучати і англійських, і французьких юристів, які б консультували з таких питань, як фінансування проекту, трудових відносин з працівниками та інших питань, врегульованих імперативними нормами англійського чи французького права, відповідно. Але сам процес вирішення спорів був би, звичайно, простішим, дешевшим і, можливо, більш передбачуваним.

Зрозуміло, що в кожному великому багатонаціональному проекті виникає потреба в залученні фахівців з права різних юрисдикцій. У таких масштабних проектах, як будівництво тунелю під Ла-Маншем, витрати на пошук принципів права, спільних для двох національних систем права,

або, як кажуть, «середнього арифметичного», може бути виправданий (особливо у випадку, коли дві системи права, спільні принципи яких планується відшукати, є подібними і мають схожу стрижневу концепцію і ідеологію). Однак у буденних комерційних договорах з іноземним елементом використання таких інструментів, як гібрид правових принципів двох та більшої кількості систем, з точки зору автора цієї роботи, є навряд чи виправданим.

Отже, наявна практика свідчить, що при укладенні звичайного за масштабом і предметом договору в сфері господарської діяльності з іноземним елементом, сторонам слід віддавати перевагу певному національному праву (або транснаціональному праву в поєднанні з національним правом, яке б заповнювало прогалини, які існують у відповідному транснаціональному праві). Адже проаналізована в цій статті арбітражна практика доводить, що арбітри в багатьох випадках невірно тлумачать складні гібридні конструкції в клаузулах про вибір права, які поєднують принципи і норми певного національного права з принципами і нормами іншого національного права, чи, взагалі, МП. У випадках, коли арбітри належним чином розуміють первинні наміри сторін щодо застосування матеріального права в такого роду клаузулах про вибір права, встановлення спільних принципів для різних систем права та/або певної системи права і МП є досить тривалим процесом, який потребує великої кількості фінансових і адміністративних ресурсів сторін.

Але в певних випадках ризик невірного тлумачення намірів сторін, а також очевидно більші затрати на вирішення потенційних спорів є виправданими, особливо коли це стосується «мільярдних» проектів чи проектів, у яких однією зі сторін є державний орган або інша державна структура, адже така гібридна система матеріального права збільшує захист уразливої сторони у випадку змін у законодавстві однієї з держав і встановлює для всіх учасників договору рівні правила гри і рівні стартові можливості в аспекті регулювання їх правовідносин, що виникають на підставі договору.

ЛІТЕРАТУРА

1. Higgins R. Problems Process: International Law and How We Use It / R. Higgins // Clevedon Press, Oxford, 1994.
2. Iran – United States Claims Tribunal. [Electronic resource] // Official site of the Iran - United States Claims Tribunal. – Mode of access: <http://www.iusct.org/>.
3. Конвенція про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами: Закон України від 16.03.2000. № 1547-III / Верховна Рада України // Офіційний вісник України, 2000, № 12 (07.04.2000).
4. Law and Practice of International Commercial Arbitration / [Redfern A., Hunter M., Blackaby N., Partasides C.]. – London: Sweet & Maxwell, 2004.
5. Greenwold P. State Contracts in International Law – the Libian Oil Arbitrations / P. Greenwold // International Law Magazine.
6. BP v. Libya. Iran - United States Claims Tribunal. [Electronic resource] // Kluwer Arbitration. – Mode of access: <http://www.kluwerarbitration.com/arbitration/DocumentFrameSet.aspx?ipn=1105>.
7. Liamco v. Libiya. Iran – United States Claims Tribunal. [Electronic resource] // Kluwer Arbitration. – Mode of access: <http://www.kluwerarbitration.com/arbitration/DocumentFrameSet.aspx?ipn=1105>.
8. Government of Kuwait v. American Independent Oil Company (Aminoil) / International Legal Materials, 21, 976. – 1982.
9. Bouchez L. The Prospects for International Arbitration: Disputes between States and Private Entities / L. Bouchez // The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 49, No. 2 – 2000.
10. Channel Tunnel Group Ltd v. Balfour Beatty Construction Ltd. [Electronic resource] / Kluwer Arbitration. – Mode of access: <http://www.kluwerarbitration.com/arbitration/DocumentFrameSet.aspx?ipn=4690>.

11. Rubino-Samartano M. The Channel Tunnel and the Tronc Commun Doctrine / M. Rubino-Samartano // Journal of International Arbitration, 10. – 1993.
12. Duval M. English and French Law: The Search for Common Principles / M. Duval // International Business Lawyer, 25. – 1997.
13. Reymond L. The Channel Tunnel Case and the Law of International Arbitration / L. Reymond // Law Quarter Review, 109. – 1993.