

3. Second Report on Shared Natural Resources: Transboundary Groundwaters. Special Rapporteur C. Yamada [Electronic resource] / Fifty-sixth session // International Law Commission. – Mode of access: <http://untreaty.un.org/ilc/sessions/56/56docs.htm>. – Title from the screen.
4. Лукашук И.И. Международное право. Особенная часть / И.И. Лукашук. – М.: Волтерс Клувер, 2007. – С. 544.
5. McCaffrey S. Second report of the law of non-navigational uses of international watercourses / S. McCaffrey // Yearbook of the International Law Commission. – Vol. II (Part One), 1986.
6. Report of the International Law Commission on the Work of its Fifty-eighth session [Electronic resource] / International Law Commission. – Mode of access: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N03/532/94/PDF/N0353294.pdf?OpenElement>). – Title from the screen.
7. Schwebel S. Second report on the law of non-navigational uses of international watercourse / International Law Commission. – Yearbook of International Law Commission, 1980. – Vol. II (Part One).
8. Adede O. Shared Natural Resources: Towards a Code of Conduct / O. Adede // Environmental Policy & Law, 1978. – Vol. 4(1). – P. 28.
9. Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future [Electronic Resource] / United Nations Documents. – A/42/427. – Mode of access: <http://www.un-documents.net/wced-ocf.htm>. – Title from the screen.
10. Case concerning Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia) Judgement of 25 September 1997 [Electronic Resource] // International Court of Justice, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders. – Mode of access: <http://www.icj-cij.org/docket/files/92/7375.pdf>. – Title from the screen.
11. Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Request for Indication of Provisional Measures, Order of 13 July 2006 / International Court of Justice Reports. – Vol. 19.
12. Six Committee of the UN General Assembly, Summaries of work of the Fifty-eighth session, Report of the International Law Commission, www.un.org/law/cod/sixth/58/sixth58.htm.
13. Birnie P. International Law and the Environment / P. Birnie, A. Boyle. – Oxford: Oxford University Press, 2002. – P. 139.

УДК 341.63

ОСОБЛИВОСТІ ЗАСТОСУВАННЯ LEX MERCATORIA МІЖНАРОДНИМ АРБІТРАЖНИМ ТРИБУНАЛОМ

Лобовик Б.С., аспірант

*Інститут міжнародних відносин
Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

Lex mercatoria є важливим елементом правозастосування в сучасній практиці міжнародних комерційних арбітражних трибуналів. Ефективність *lex mercatoria* полягає у наданні можливості застосовувати розроблені тривалою і одноманітною практикою стандарти, що регулюють торгівельні та бізнесові відносини. Використання *lex mercatoria* має і свої вади, такі як відсутність конкретного усталеного змісту і складу, що може створити для сторін, які обирають в якості матеріального права *lex mercatoria*, елемент непередбачуваності.

Ключові слова: lex mercatoria, трибунал, торгівля, норма права, право.

Лобовик Б.С. ОСОБЕННОСТИ ПРИМЕНЕНИЯ LEX MERCATORIA МЕЖДУНАРОДНЫМ КОММЕРЧЕСКИМ ТРИБУНАЛОМ / Институт международных отношений Киевского национального университета имени Тараса Шевченка, Украина

Lex mercatoria является важным элементом практики правоприменения современными международными арбитражными трибуналами. Эффективность lex mercatoria состоит в создании возможности применять стандарты, которые регулируют бизнес и торговые отношения, разработанные в процессе длительной и усталенной практики. Использование lex mercatoria имеет и свои негативные аспекты, такие как отсутствие конкретного содержания и состава. Этот аспект может внести элемент непредсказуемости для сторон, которые выбирают в качестве материального права lex mercatoria.

Ключевые слова: lex mercatoria, трибунал, торговля, норма права, право.

Lobovik B.S. THE APPLICATION OF LEX MERCATORIA BY THE INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION / Institute of international relations, Kyiv national Taras Shevchenko university, Ukraine

Lex mercatoria is one of the most important elements in modern practice of international commercial tribunals. Lex mercatoria is quite effective as it gives an opportunity to apply business and commercial standards, formulated by means of a uniform and lengthy practice. Lex mercatoria however is defrauded of standard content and form, which may bring up unexpected results for parties in a case should they choose this law as the material law.

Key words: lex mercatoria, tribunal, commerce, law norms, law.

З розвитком світової економіки, активізацією процесів глобалізації, транскордонного співробітництва в різних сферах, у тому числі й у сфері комерції, національні правові системи також зазнають трансформації. Різноманітні актори постійно добирають таку правову систему, яка б послугувала їх найважливішим інтересам, виходячи з таких показників, як швидкість прийняття рішень, доступ, принципи відшкодування шкоди та інші. Так, з метою не перетворити процедуру вирішення спорів на постійний підбір гнучких та ефективних форумів та правових систем, важливе місце відведено міжнародним комерційним арбітражем, які завдяки досить автономному від будь-яких національних правових систем правовому статусу, здатен запропонувати альтернативний підхід до вирішення спорів між сторонами. Такий підхід часто не пов'язаний з тими джерелами матеріального права, що пропонує будь-яка правова система.

Важливо дослідити роль так званого транснаціонального права, і, зокрема, *lex mercatoria*, яке застосовуються поруч із національним правом, та цим самим розширює обрії правового усвідомлення матеріального права, що обирається сторонами або застосується арбітрами до вирішення справи. Окремо це питання досліджувалось Г. Борном, С. Лутрелом та іншими зарубіжними вченими. Особливо корисні результати дослідження при розгляді питання особливостей визнання і виконання рішень міжнародних комерційних арбітражних трибуналів.

Ці зміни продюковані постійним протиставленням національних правових систем та міжнародного арбітражу з одного боку та самообмеження національного права та міжнародного по відношенню до арбітражу з іншого боку. У результаті, як впливає з самої природи міжнародного арбітражу, арбітр не є представником національних органів певної держави, не захищає національний публічний порядок.

Актуальність цього дослідження впливає з необхідності проаналізувати особливості застосування міжнародним комерційним трибуналом ненаціонального права - *lex mercatoria* – в світлі подальшого визнання і виконання рішень, що застосовують це право у національних правових системах. Питання про можливість застосування арбітражним трибуналом ненаціонального права (такого як, наприклад, загальні принципи права чи *lex mercatoria*) в якості матеріального права, що підлягає застосуванню, зводиться до аналізу двох факторів:

а) наявності угоди сторін;

б) наявності положення процесуального права, яке підлягає застосуванню [1, 138].

Конвенція про вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами 1965 року у статті 42 пропонує чітку відповідь на це питання: «арбітраж розглядає спір згідно із нормами права відповідно до угоди сторін» [2]. Посилання на «норми права», а не на «право» в цьому випадку є зазначенням можливості застосування відповідних норм права, навіть якщо останні не є частиною автономної системи права чи правопорядку.

Розглядаючи питання про можливість застосування в міжнародному комерційному арбітражі норм ненаціонального права, слід відзначити, що з цього приводу в різних юрисдикціях немає одностайного підходу. Так, наприклад, у Франції й Швейцарії арбітрам дозволяється застосовувати «норми права» [3]. Водночас, не дивлячись на те, що Модельний закон ЮНСІТРАЛ і дозволяє сторонам спору зробити прямо виражений вибір «норм права» в якості права, що підлягає застосуванню, з іншого боку, за відсутності вибору права сторонами спору, цей Модельний закон ЮНСІТРАЛ вказує, що арбітри повинні визначити матеріальне «право» у відповідності до колізійних норм, які вони вважатимуть такими, що підлягають застосуванню [4].

Посилання на «такі норми міжнародного права, які можуть застосовуватися» [5], або на «відповідні принципи міжнародного права» [6] доводять, що не завжди в практиці розв'язання спорів міжнародним комерційним арбітражем має місце застосування права певної національної правової системи як цілісного комплексу. Наприклад, договір міжнародної купівлі-продажу товарів, матеріальним правом якого є право України, як правило, використовує лише ті положення права України, які стосуються регулювання купівлі-продажу товарів. Міжнародний проект з будівництва, договір щодо якого регулюється правом Англії, також прив'язаний, як правило, до тієї частини права Англії, яка регулює договори будівельного підряду.

Отже, для цілей розгляду спорів в міжнародному комерційному арбітражі значення має певний відокремлений галузевий сегмент національного права. Сучасні тенденції юридичної практики також засвідчують все більшу і більшу спеціалізацію юристів. У кожній, навіть невеликій, юридичній фірмі робота організується за галузевим принципом і створюються департаменти інтелектуальної власності, нерухомості, податкового права, корпоративного права тощо.

Враховуючи вищенаведене, здається доречним поставити наступне питання: чи може група банкірів, торговців, трейдерів тощо розробити власні спеціальні правила поведінки, які матимуть силу, тотожну силі закону, чи власними силами, або шляхом лобіювання включення таких положень у певне національне право або міжнародний договір?

На прикладі тих самих морських кодифікацій античності і середньовіччя, які мали силу закону, хоч і не були введені в дію актом держав, можна знайти підтвердження, принаймні в історичній перспективі, потреби в такій концепції. Наприклад, Родоський морський кодекс, що датується III-II століттям до н.е., був дієвим інструментом регулювання морської сфери, оскільки його принципи були сприйняті як греками, так і римлянами. Цей Кодекс і по сьогоднішній день представляє інтерес для науки і практики міжнародного права.

У середньовіччі інший визначний звичасвий кодекс – Консолато дель Маре – був визнаним і беззаперечним регулятором морських відносин, що виникали між мореплавцями в Середземному морі. Навіть із початком розробки національного законодавства у сфері вплив цього документа був великим, багато з його положень інкорпоровано в законодавстві держав [7].

На сучасному етапі розвитку міжнародного права та міжнародного торговельного права зокрема, можна відстежити так само чималу кількість різноманітних торгових груп, організацій (так званих «гільдій»), діяльність яких, подекуди, не має між собою майже нічого спільного. Навіть у сфері міжнародного бізнесу можна знайти такі приклади: перевезення вантажів і створення транскордонних електромереж. Звичайно, що норми права, які регулюють таку діяльність, також будуть значно різнитися. Вони можуть бути засновані на однакових принципах – таких, як, наприклад, *pacta sunt servanda*, але навіть у цьому аспекті в різних сферах принципи можуть мати різні смислові навантаження при тлумаченні.

Наприклад, договір міжнародної купівлі-продажу товарів виконується, як правило, у досить короткий строк. У той же час, масштабний договір будівельного підряду виконується роками, і впродовж цього часу первинні домовленості сторін, закріплені в договорі, можуть втратити актуальність або стати не виконуваними.

Враховуючи це, стає очевидним, що для кожного виду комерційних відносин з іноземним елементом не завжди вистачає того правового регулювання, яке в змозі дати національне право. Тому, цілком природно, що сторони частіше і частіше бажають вийти за рамки національного права в аспекті регулювання власних договірних відносин. Вони, таким чином, звертаються до тих діючих інструментів, які, з одного боку, відображають міжнародний характер цих відносин,

а, з іншого, не забувають про специфіку кожного окремого договору. Під «інструментами» в даному випадку не розуміються конкретні договори або документи. Вони не мають чіткої системи, і тому, відповідно до рекомендації Звіту про транснаціональне регулювання Міжнародної юридичної асоціації, розглядаються як найбільш розповсюджені в практиці міжнародного комерційного арбітражу форми застосування *lex mercatoria* з усіма особливостями в процесі їх застосування [8, 128].

Беззаперечно, *lex mercatoria* можна вважати сучасним правом «права торговців» (за аналогією з середньовічними торговцями), що включає в себе норми і практику, розроблену в міжнародних бізнес спільнотах. Покійний професор Ф. Голдман, який докладно зусиль до вивчення і розвитку цього нового «права», говорив про нього як про наступника римського *jus gentium*, та як про автономне джерело права, що регулює економічні відносини (*commerzium*) між громадянами і іноземцями (*peregrine*) [9, 4].

Переваги такої кодифікації були б очевидними. Вона б відображала потреби сучасного міжнародного бізнесу і мала б уніфікований характер. Проблема в тому, чи може така система права, яка могла існувати в античну епоху або в середні віки, виникнути на наддержавному рівні спонтанно, адже кожна з держав вже має власне багаторівневе і багатогалузеве правове регулювання. До сьогодні ставлення до *lex mercatoria* крізь призму вищезазначеного є неоднозначним. Однак деякі науковці і практики вважають *lex mercatoria* ефективним джерелом регулювання, що перебуває в постійному розвитку [10, 169; 11, 415; 12, 747-768]. Інші вчені висловлюють скептичний підхід, згідно з яким *lex mercatoria* (особливо в прив'язці до договорів з іноземним елементом) вже не актуальне, оскільки регулювання на державному і міждержавному рівнях є більш досконалим і якісним [13, 575; 14, 92].

Чим же насправді є це «право», до якого все частіше звертаються арбітражні трибунали, і яке викликає такі неоднозначні відгуки в науковій спільноті?

Ф. Голдман вважав основними визначальними рисами *lex mercatoria* його звичайний характер і спонтанність виникнення [9, 6]. На його думку, комерційні відносини з іноземним елементом можуть регулюватися групами спеціальних норм, такими як міжнародний звичай, загальні принципи права і прецеденти арбітражних трибуналів, і не має значення, що ці групи норм не являють собою частину системи права певної країни і не підтримуються апаратом примусу у відповідній юрисдикції. Причому, під загальними принципами права слід розуміти в даному контексті не тільки принципи, зазначені в пункті а) статті 38 Статуту Міжнародного суду ООН, а й ті принципи, які поступово створюються внаслідок одноманітного застосування на практиці в міжнародній торгівлі [9, 21].

Навіть не вдаючись у детальний аналіз природи *lex mercatoria*, можна зрозуміти, що навіть в однорідних групах учасників міжнародних комерційних відносин – банкіри, нафтовики тощо – є сотні підгруп, в яких, у свою чергу, існують свої традиції, звичаї і неписані правила. Тому постає цілком зрозуміле і логічне питання: з чого ж власне складається *lex mercatoria* і як його визначити арбітру в кожному конкретному випадку?

У сучасній практиці вирізняють два підходи до окресленого в попередньому параграфі питання: метод переліку і функціональний метод.

а) Метод переліку:

За останні десятиліття на міжнародному рівні було підготовлено багато переліків регуляторних норм і принципів, такі як Принципи УНІДРУА і Принципи європейського договірного права (1998) [12, 201]. В якості відповіді на критику багатьох фахівців, які вважають, що цьому методу бракує гнучкості, К.П. Бергер запропонував метод так званої «гнучкої кодифікації» (*creeping codification*).

Методика «гнучкої кодифікації» відрізняється від більш формалізованої методики, що використовувалася, наприклад, при підготовці Принципів УНІДРУА. Її метою є уникнення при кодифікації *lex mercatoria* так званого «статичного елемента», який є характерним для інших методик, і надати відкритість і гнучкість, необхідні для того, щоб належним чином брати до уваги стрімкий розвиток міжнародної торгівлі і міжнародного бізнесу [13, 192].

«Гнучка кодифікація» має на меті забезпечення можливості постійного і швидкого оновлення переліку принципів *lex mercatoria*. Отже, К.П. Бергер створив Центральну базу даних транскордонного права як інституційний механізм для ведення та оновлення такого переліку норм і принципів *lex mercatoria* [14].

б) *Функціональний метод*:

Другий метод – функціональний – передбачає визначення певного конкретного правила (норми, принципи) *lex mercatoria* у відповідь на конкретне питання, що постає перед арбітражним трибуналом. Цей так званий функціональний метод розглядає *lex mercatoria* як засіб для визначення необхідного правила (норми, принципи). Одним з основних прибічників цього підходу є Ф. Гайар [15].

Відповідно до професора Ф. Гайара, функціональний метод передбачає, що відповідь на будь-яку позивну вимогу позивача у справі буде знайдено, що не гарантується методом переліку. У рамках цього методу за основу беруться Принципи УНІДРУА. Професор Ф. Гайар вважає, що Принципи УНІДРУА в багатьох відношеннях втілюють в собі *lex mercatoria*. Вони надають арбітрам чіткі відповіді на запитання. Той факт, що станом на 2001 рік посилання на Принципи УНІДРУА як на втілення *lex mercatoria* містилося в більше ніж 30 рішеннях, винесених за Регламентом Міжнародної торгової палати, є переконливим підтвердженням цієї тези. Професор Ф. Голдман вважає, що *lex mercatoria*, сформований за допомогою методу переліку, є занадто абстрактним і непрактичним для того, щоб використовуватися при розгляді справ міжнародним комерційним арбітражем.

Важливо відзначити, що Принципи УНІДРУА розглядаються як такі, що втілюють концепції *lex mercatoria*, але не є його єдиним джерелом [16]. Аналіз арбітражних рішень, у яких поставало питання застосування *lex mercatoria*, здійснений професором П. Майером, підтверджує цю тезу [17, 201].

Кожне арбітражне рішення має власну аргументацію в цьому питанні. Адже арбітражних рішень не мають прецедентності і процедура апеляційного перегляду, яка б теж змогла якимось чином узагальнити правозастосовчу практику, у них теж відсутня. Тобто, відсутній формальний контроль або політика в арбітражному процесі. Арбітри є вільними у своїх підходах до розв'язання, у тому числі, цієї проблеми. Сумлінні арбітри, зазвичай, роблять все, щоб переконатися в тому, що їхнє рішення прийняте в повній відповідності до матеріального права/норм права договору, які підлягає застосуванню. Однак, коли самі сторони посилаються на принципи *lex mercatoria*, арбітри застосовують та визначають зміст *lex mercatoria* на власний розсуд із врахуванням багатоманітності підходів у цьому питанні.

Таким чином, слід відзначити, що *lex mercatoria* є важливим і невід'ємним елементом сучасної практики правозастосування міжнародними комерційними арбітражними трибуналами. Адже ці трибунали розглядають спори у сфері торгівлі і бізнесу на міжнародному рівні і, як правило, на міжнародному рівні не завжди виникає необхідність і доцільність застосовувати певне національне право. Іноді дуже важливим є використання таких стандартів, розробленими на практиці й прийнятими міжнародною спільнотою, як звичаєві.

Використання *lex mercatoria*, як і було відзначено, має і свої вади, такі як відсутність конкретного усталеного змісту і складу, що, особливо враховуючи характер арбітражного процесу і відсутність узагальнюючої практики, створює для сторін, які обирають в якості матеріального права *lex mercatoria*, елемент непередбачуваності.

ЛІТЕРАТУРА

1. Redfern A. Law and Practice of International Commercial Arbitration / Redfern A., Hunter M., Blackaby N., Partasides C. – London: Sweet & Maxwell, 2004. – 1115 p.
2. Конвенція про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами: за станом на 7 квіт. 2000 р. / Верховна Рада України // Офіційний вісник України, 2010. – 448 с. – (Бібліотека офіційних видань).
3. Цивільний процесуальний кодекс Франції [Електронний ресурс] / 12 травня 1984. – Режим доступу: <http://www.kluwerarbitration.com/arbitration/DocumentFrameSet.aspx?ipn=12067#legis-article:a0164>.

4. Модельний закон ЮНСІТРАЛ з міжнародного комерційного арбітражу [Електронний ресурс]. - Режим доступу: http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html.
5. 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>.
6. Баскин Ю.Я. История международного права / Ю.Я. Баскин, Д.И. Фельдман. – М.: Международные отношения, 1990. – 234 с.
7. Bowden J. Transnational Rules in International Commercial Arbitration / J. Bowden // ICC Publication, 1993. – №480/4.
8. Goldman P. Lex Mercatoria / P. Goldman. – Boston: Kluwer, 1983. – P. 11-13.
9. Мережко А. Lex Mercatoria - нове міжнародне торгове право / А. Мережко // Науковий вісник Дипломатичної академії України, 1998. – №. 1. – С. 169–177.
10. Lando O. The Lex Mercatoria International Commercial Arbitration / O. Lando // International and Comparative Law Quarterly, 1985. – Vol. 34.
11. Delaume G. Comparative Analysis as a Basis of Law in State Contracts: the Myth of Lex Mercatoria / G. Delaume // Tulane Law Review, 1989. – Vol. 63.
12. Toope L. Mixed International Arbitration / L. Toope. – Cambridge: Cambridge University Press, 1990. – 440 p.
13. Berger K.P. The Creeping Codification of Lex Mercatoria / K.P. Berger. – Boston: Kluwer Law International, 1999. – 212 p.
14. Berger K.P. Lex Mercatoria [Electronic Resource] / K.P. Berger // The Central Transnational Law Database. – Mode of access: www.tldb.de.
15. Gaillard F. Transnational Law: a Legal System or a Method of Decision-Making / F. Gaillard // Arbitration International, 2001. – Vol. 17 – P.62.
16. Frontier Y. The New New Lex Mercatoria or Back to the Future / Frontier Y // Arbitration International, 2001. – Vol. 17. – P. 62.
17. Mayer P. The UNIDROIT Principles in Contemporary Contract Practice / P. Mayer // ICC Buletin – Special Supplement: UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 2002. – P. 201.