



Г. І. Лис,  
провідний спеціаліст відділу розгляду звернень громадян  
Вищої ради юстиції (м. Київ)

УДК 341.63:347.769

## LEX MERCATORIA ЯК ПРАВО, ЯКЕ ЗАСТОСОВУЄТЬСЯ МІЖНАРОДНИМ КОМЕРЦІЙНИМ АРБІТРАЖЕМ ДЛЯ РОЗГЛЯДУ СПОРУ ПО СУТІ

*Досліджується питання необхідності обрання сторонами арбітражної угоди права, яке застосовується міжнародним комерційним арбітражем для розгляду спору по суті. Висвітлюються основні підходи до розуміння lex mercatoria, а також обґрунтовується позиція про доцільність обрання lex mercatoria у якості права, яке застосовується міжнародним комерційним арбітражем для розгляду спору.*

**Ключові слова:** lex mercatoria; право, яке застосовується міжнародним комерційним арбітражем для розгляду спору; вибір права.

Одним із ключових питань, яке виникає перед сторонами міжнародних приватних правовідносин під час розробки та укладення арбітражної угоди, є питання про застосовуване право, а саме про право, яке застосовується до суті спору. В останні десятиліття разом із розвитком світового торгового обороту одночасно формувалося порівняно нове правове явище, яке в юридичній літературі отримало назву *lex mercatoria*. На сьогодні теоретики та практики міжнародного комерційного арбітражу все частіше звертають свою увагу на те, що *lex mercatoria* виступає альтернативою колізійному методу правового регулювання міжнародних комерційних відносин. Оскільки практика колізійно-правового регулювання міжнародних приватноправових відносин є усталеною, перевіреною часом, а *lex mercatoria* для багатьох ще й досі є чимось незрозумілим, не до кінця визначеним, тому учасники міжнародного торгового обороту доволі скептично ставляться до нього як до права, яке варто застосовувати для врегулювання спорів. Якраз новизна і незвичність використання *lex mercatoria* у якості права, яке застосовується міжнародним комерційним арбітражем для розгляду і вирішення спорів по суті, зумовили необхідність детального дослідження *lex mercatoria* не лише як правового явища, але й як специфічного інструмента, який застосовується міжнародним комерційним арбітражем у своїй практичній діяльності.

Так, окремим аспектам концепції *lex mercatoria* були присвячені наукові дослідження таких учених: М. П. Бардіної, О. В. Брунцевої, П. Вуда, Б. Гольдмана, В. О. Канашевського, О. Ландо, Л. В. Логуша, О. О. Мережка, Б. Сельдена та інших. У своїх працях науковці зосереджували особливу увагу на формуванні концепції *lex mercatoria*, а також на виникненні тенденції у практиці міжнародного комерційного арбітражу застосовувати *lex mercatoria* в якості права, яке застосовується до суті спору. На жаль, поза увагою наукової спільноти залишаються питання про те, які джерела *lex mercatoria* варто обирати у якості застосовуваного права при розгляді спорів; у яких випадках використання *lex mercatoria* є доцільним; які переваги *lex mercatoria* перед традиційним колізійним методом врегулювання спорів; чи може міжнародний комерційний арбітраж за власною ініціативою замість колізійно-правового методу врегулювання спорів застосувати *lex mercatoria* і у яких випадках. Вирішенню саме цих питань і буде присвячено наше дослідження.

© Лис Г. І., 2012



*Мета цієї статті* полягає в теоретичному дослідженні питання про те, чи можуть сторони арбітражної угоди в якості права, яке застосовується до суті спору, обрати безпосередньо *lex mercatoria*.

Самостійне і свідоме узгодження сторонами застосовуваного права під час укладення арбітражної угоди дозволить уникнути непередбачуваності в рішенні арбітрів і краще підготуватися до захисту своїх інтересів під час розгляду спору міжнародним комерційним арбітражем [1, с. 169; 2, с. 23–29; 3, с. 100–109]. Погоджуємося з позицією В. О. Гавриленка, який вважає, що вибір застосовуваного права для розгляду спорів по суті у провадженні міжнародного комерційного арбітражу надає сторонам договору можливість визначитися з найбільш прийнятним правом для вирішення можливих конфліктів. У свою чергу, це дозволяє представникам сторін уникнути роботи в невідомій та невігідній правовій системі, у якій інтереси сторони не можуть бути ефективно захищені [4, с. 9].

Під правом, яке застосовується міжнародним комерційним арбітражем для розгляду спору по суті, потрібно розуміти матеріально-правові норми, що містяться в нормативних актах національного законодавства і міжнародно-правових актах, які сторони за взаємною згодою обирають. Обираючи застосовуване право на основі принципу автономії волі сторін, сторони контракту можуть включити до арбітражної угоди умову про те, що спори із контракту будуть вирішуватися на основі національного права конкретної держави, права декількох країн, сукупності окремих норм права, що належать до права однієї чи декількох країн, загальних принципів права, торгових звичаїв, норм міжнародного торгового права, міжнародних договорів [5, с. 44; 6, с. 115; 7, с. 79].

Сторони при укладенні арбітражної угоди мають право обрати норми права, що застосовуються до суті спору і якими повинен керуватися міжнародний комерційний арбітраж при вирішенні спору. Зазначене положення закріплено в п. 1 ст. VII Європейської конвенції про зовнішньоторговий арбітраж [8], п. 1 ст. 28 Типового закону ЮНСІТРАЛ про міжнародний комерційний арбітраж [9], п. 1 ст. 35 Арбітражного регламенту ЮНСІТРАЛ [10, с. 23] та продубльоване в ч. 1 ст. 28 Закону України “Про міжнародний комерційний арбітраж” [11], ч. 1 ст. 14 Регламенту МКАС при ТПП України [12]. Заслужовує на особливу увагу встановлення правильного розуміння поняття “норми права, що застосовуються до суті спору”, адже одразу видно зі змісту цих правових актів, що поняття “норми права” (“*rules of law*”) та “право” (“*law*”) не ототожнюються. Комісія Організації Об’єднаних Націй із права міжнародної торгівлі визначає “право” як право конкретної держави, тоді як “норми права” нею інтерпретуються значно ширше: це не тільки право конкретної держави, а й норми права, які були розроблені міжнародним форумом, але поки що не включені ні в яку національну правову систему; норми права, які містяться в міжнародних конвенціях і типових законах (навіть якщо вони не набрали законної сили); частини різних правових систем чи положення законів, які вже втратили чинність; роз’яснення чи компіляції, наприклад, такі як Принципи міжнародних комерційних договорів УНІДРУА [13, с. 53–54; 14, с. 34]. Виходячи із такого розуміння “норм права”, можна зробити висновок про те, що сторонам надається якнайбільша свобода у виборі права, яке застосовується до суті спору, а це, у свою чергу, дозволяє їм обрати та узгодити не тільки “право”, а й будь-які принципи права. Як правильно зазначає М. П. Бардіна, “...ця свобода полегшує досягнення вибору сторонами, забезпечує можливість застосування до суті спору норм права, які спеціально створені для регулювання відносин у сфері міжнародного комерційного обороту із урахуванням його особливостей і є однією з переваг розгляду спору міжнародним комерційним арбітражем” [15, с. 86].

На сьогодні злободенним є питання про те, чи можуть сторони в арбітражній угоді в якості “норм права” закріпити ненаціональні джерела сучасного *lex mercatoria*.

Висловлювання “батька” сучасного *lex mercatoria*, знаменитого французького професора Бертрана Гольдмана яскраво свідчить про підтримку можливості сторін



арбітражної угоди обрати в якості “норм права”, яке застосовується до розгляду спору по суті, джерела *lex mercatoria*: “... вони (спірні правовідносини, які випливають із міжнародних комерційних відносин, — пояснення наше, Г. Л.) можуть прекрасно регулюватися пакетом окремих правил, включаючи транснаціональний звичай, загальні принципи права та арбітражне прецедентне право. Байдуже, якщо цей пакет норм не є частиною правового порядку ... До пакету, що містить загальні принципи права, зазначені у ст. 38 (а) Статуту Міжнародного Суду, можуть додаватися принципи, які поступово формуються практикою міжнародної торгівлі” [16, с. 262].

Концепція *lex mercatoria* є альтернативним колізійному методу способом правового регулювання приватноправових відносин, ускладнених іноземним елементом. Наразі концепція *lex mercatoria* є однією із найсуперечливіших концепцій у сучасній теорії міжнародного приватного права, довкола якої точаться численні дискусії. Так, суперечливість *lex mercatoria* зумовлена недостатньою визначеністю і чіткістю цього терміна, а також тим, що *lex mercatoria* є відносно новим явищем соціального життя і перебуває у стані постійного становлення під впливом швидких і змінних процесів розвитку світової економіки. Термін “*lex mercatoria*” у перекладі з латинської мови означає торгове право, однак поряд із цим терміном у доктрині міжнародного права застосовуються ще й такі як, наприклад, “транснаціональне право” (Ф. Джессеп), “право міжнародної торгівлі” (Луссуарн і Бреден), “міжнародне торгове право” (Б. Голдман), “міжнародне право підприємницької діяльності” (Ж. Шапіро) [16, с. 261–262].

Якщо проаналізувати підходи до розуміння *lex mercatoria* найвідоміших та найавторитетніших фахівців, які досліджували це питання, а саме Б. Гольдмана (B. Goldman), О. Ландо (O. Lando), П. Вуда (P. Wood), Б. Сельдена (B. Selden), то можна визначити *lex mercatoria* як “загальні принципи і звичаєві правила”, “однакові правила, прийнятні у всіх країнах”, “договірну практику, домовленості, приписи і рішення, які складають сукупність норм звичаєвого права, яке є основою, на якій будувалося і будується національне та міжнародне комерційне законодавство”, а також “міжнародну систему права, засновану на комерційних домовленостях і договірній практиці” [17, с. 14].

*Lex mercatoria* в очах транснаціонального комерційного співтовариства є зручнішим та більш справедливим засобом правового регулювання приватноправових відносин торгового характеру, які виникають між учасниками цього співтовариства [18; 19, с. 13]. Привабливість *lex mercatoria* для міжнародних комерсантів пояснюється, насамперед, тим фактом, що його норми є відносно простими, порівняно зі складністю застосування права національних правових систем, а також мають однаковий зміст незалежно від того, представниками яких держав є контрагенти арбітражної угоди. Окрім цього, застосування *lex mercatoria* при вирішенні спору по суті забезпечує формальну рівність сторін, адже спірні правовідносини регулюються не на основі правопорядку якогось одного учасника договірних відносин, підґрунтям для розгляду і подальшого розв’язання спору слугує автономний правопорядок, який однаково відомий обом. Перевагою обрання сторонами *lex mercatoria* як “норм права”, що застосовуються до суті спору, також є та обставина, що *lex mercatoria*, на думку О. О. Мережка, є “своєрідним загальним знаменником основних правових систем світу” щодо врегулювання міжнародних комерційних відносин, виконує функцію “заповнення правового вакууму між різними національними правовими системами, а також між національним та міжнародним правом” [20, с. 139; 21, с. 81].

В. О. Канашевський вказує, що нині у практиці міжнародного комерційного арбітражу існує виразна тенденція застосування *lex mercatoria* у якості права, яке застосовується до суті спору як самими сторонами в арбітражній угоді, так і міжнародними комерційними арбітражами у випадку необрання сторонами в арбітражній угоді застосовуваного права. Ця тенденція пояснюється, на думку



вченого, низкою факторів: по-перше, арбітражі не зв'язані колізійними нормами якої-небудь конкретної країни, а згідно зі своїми новими регламентами провідні арбітражні інститути мають право визначати застосовуване право безпосередньо (*voie directe*); по-друге, практика деяких арбітражних інститутів свідчить про більш вільне застосування *lex mercatoria*, принципу справедливості та квазіправових норм.

В арбітражній практиці деяких країн отримала схвалення ідея прямого застосування *lex mercatoria* без звернення до колізійних норм у таких випадках:

- 1) коли право держави, на яке вказує колізійна норма, не дає чіткої відповіді щодо предмета спору;
- 2) коли застосування національної правової норми зумовлює результат, який суперечить розумним очікуванням сторін;
- 3) коли національна правова норма не відповідає вимогам міжнародної торгівлі [22, с. 48–49].

З огляду на викладене, вважаємо, що під час розробки й укладення арбітражної угоди сторонам доцільно прямо визначити, що в якості права, яке арбітри повинні застосовувати при розгляді спору по суті, виступає *lex mercatoria*. Разом із тим сторонам не варто обмежуватися тільки констатацією факту: *lex mercatoria* — право, яке застосовується міжнародним комерційним арбітражем для розгляду спору по суті, а варто визначити, які конкретні джерела *lex mercatoria* необхідно застосувати у тому чи іншому конкретному випадку. Хтось скаже, що це надто переобтяжить арбітражну угоду і викличе суперечності під час її підписання, але, у свою чергу, детально виписані положення арбітражної угоди про право, яке застосовується при розгляді спору по суті, нададуть змогу сторонам відстояти свої інтереси на етапі фактичного врегулювання спору і вбережуть їх спокій, адже це значно скоротить тривалість арбітражного розгляду спору.

Підсумовуючи все зазначене вище, можна зробити висновок про те, що вибір сторонами права, яке застосовується міжнародним комерційним арбітражем при розгляді спору по суті, є ключовим питанням, щодо якого сторони повинні дійти згоди при укладенні арбітражної угоди. Важливість вибору сторонами застосовуваного права до суті спору полягає в тому, що це забезпечує якісну реалізацію інтересів сторін, можливість обрати найбільш прийнятне право для вирішення конфліктів, які вже виникли чи виникнуть у майбутньому з основного контракту, а також дозволяє спрогнозувати, яким чином буде вирішено спір.

При укладенні арбітражної угоди сторонам надається якнайбільша свобода у виборі права, яке застосовується до суті спору, що, у свою чергу, дозволяє їм обрати та узгодити не тільки “право”, а й будь-які принципи права.

З метою усунення можливих труднощів під час розгляду спорів міжнародним комерційним арбітражем сторони вже на етапі укладення арбітражної угоди повинні обрати право, яке застосовується для вирішення спору по суті, яким, на наше глибоке переконання, повинно бути саме *lex mercatoria*.

На сьогодні у теорії та практиці міжнародного комерційного арбітражу яскраво простежується тенденція закріплення сторонами в арбітражній угоді в якості “норм права” та застосування міжнародними комерційними арбітражами у випадку необрання сторонами застосовуваного права ненаціональних джерел сучасного *lex mercatoria*. Це пояснюється тим, що національні системи загалом та традиційний колізійний метод правового регулювання зокрема менше, ніж *lex mercatoria*, спроможні вирішувати проблеми, які виникають на міжнародному рівні і пов'язані з розвитком світової торгівлі та технологічного прогресу.

Не буде перебільшенням стверджувати, що питання про використання *lex mercatoria* у якості права, яке застосовується міжнародним комерційним арбітражем для розгляду спору по суті, потребує глибокого, всебічного вивчення, а ця стаття є лише першою ластівкою на шляху до цього.



Список використаних джерел

1. Рожкова, М. А. Средства и способы правовой защиты сторон коммерческого спора [Текст] : [монограф.] / М. А. Рожкова. — М. : Волтерс Клувер, 2006. — 416 с.
2. Винокурова, Л. Ф. Зовнішньоекономічні контракти: укладення, виконання та арбітраж. Актуальні питання визначення застосовуваного права [Текст] / Л. Ф. Винокурова // Міжнародний комерційний арбітраж в Україні: теорія та законодавство / Торг.-пром. палата України ; під заг. ред. І. Г. Побірченка. — К. : Ін Юре, 2007. — С. 14–29.
3. Вилкова, Н. Применимое право при разрешении споров из внешнеэкономических сделок [Текст] / Н. Вилкова // Хозяйство и право. — 1995. — № 11. — С. 100–109.
4. Гавриленко, В. А. Третейское разбирательство споров как гарантия защиты прав и интересов субъектов предпринимательской деятельности [Текст] : автореф. дис. на соискание учен. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.15 “Гражданский процесс; арбитражный процесс” / В. А. Гавриленко. — СПб., 2006. — 32 с.
5. Николокин, С. В. Арбитражное соглашение и компетенция международного коммерческого арбитража. Проблемы теории и практики [Текст] : [монограф.] / С. В. Николокин. — М. : Юриспруденция, 2009. — 144 с.
6. Николокин, С. В. Международный коммерческий арбитраж [Текст] : [монограф.] / С. В. Николокин. — М. : Юристинформ, 2009. — 216 с.
7. Притика, Ю. Д. Арбітражна угода: теоретичні та практичні аспекти [Текст] / Ю. Д. Притика, П. В. Куфтирєв // Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права. — 2002. — № 3. — С. 67–72.
8. Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже от 21.04.1961 г. [Текст] // ОВУ. — 2004. — № 44 (19.11.2004). — Стр. 357. — Ст. 2940.
9. Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже 1985 год, с изменениями, принятыми в 2006 году [Текст] / Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли. — Вена : Организация Объединенных Наций, 2008. — С. 1–22.
10. Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ (пересмотрен в 2010 году) [Текст] / Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли. — Нью-Йорк : Организация Объединенных Наций, 2011. — 32 с.
11. Про міжнародний комерційний арбітраж : Закон України від 24.02.1994 р. № 4002–ХП [Текст] // ВВР. — 1994. — № 25. — Ст. 198.
12. Регламент Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Украины, утв. решением Президиума Торгово-промышленной палаты Украины от 17.04.2007 г., протокол № 18 (1) [Электронный ресурс] Торгово-Промышленная Палата Украины. — URL : <http://www.ucci.org.ua/arb/icac/ru/rules.html>.
13. Caivano, R. Module 5.2 The Arbitration Agreement. International Commercial Arbitration. The Course on Dispute Settlement in Trade, Investment and Intellectual Property [Text] / R. Caivano. — New York and Geneva : United Nations. United Nations Conference on Trade and Development, 2005. — 66 p.
14. Пояснительная записка Секретариата ЮНСИТРАЛ к Типовому закону о международном торговом арбитраже 1985 года с изменениями, принятыми в 2006 году [Текст] // Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже 1985 год, с изменениями, принятыми в 2006 году. Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли. — Вена : Организация Объединенных Наций, 2008. — С. 23–38.
15. Бардина, М. П. Определение права, применимого к существу спора международным коммерческим арбитражем [Текст] / М. П. Бардина // Государство и право. — 2010. — № 9. — С. 81–90.
16. Логуш, Л. В. Сучасні аспекти міжнародного комерційного арбітражу [Текст] / Л. В. Логуш // Наукові записки Національного університету “Києво-Могилянська академія”. — К. : КМ Академія, 2001. — Том 19. Спеціальний випуск у двох частинах. — Частина I. — С. 261–265.
17. Мережко, А. А. Lex Mercatoria: теория и принципы транснационального торгового права [Текст] : [монограф.] / А. А. Мережко. — К. : Таксон, 1999. — 415 с.
18. Белов, А. П. Международный коммерческий арбитраж на пороге нового тысячелетия / А. П. Белов // Право и экономика. — 2000 [Электронный ресурс] Электронная юридическая библиотека “Юрист.Либ”. — URL : [http://www.juristlib.ru/book\\_2295.html](http://www.juristlib.ru/book_2295.html).



19. Мережко, О. О. Теорія та принципи транснаціонального торгового права (lex mercatoria) [Текст] : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня д-ра юрид. наук : спец. 12.00.11 "Міжнародне право" / О. О. Мережко. — К., 2002. — 25 с.
20. Мережко, О. Концепція lex mercatoria і міжнародне приватне право [Текст] / О. Мережко // Українське право. — 1998. — № 1 (9). — С. 131–139.
21. Очерки международного частного права [Текст] / под ред. А. Довгерта. — Х. : Одиссей, 2007. — 816 с.
22. Канашевский, В. А. Внешнеэкономические сделки: основные регуляторы, их соотношение и взаимодействие [Текст] : автореф. дис. на соискание учен. степени д-ра юрид. наук : спец. 12.00.03 "Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право" / В. А. Канашевский. — М., 2009. — 56 с.

Надійшла до редакції 25.10.2012

**Лыс А. И. Lex mercatoria как право, которое применяется международным коммерческим арбитражем для рассмотрения спора по существу**

*Исследуется вопрос необходимости избрания сторонами арбитражного соглашения права, применяемого международным коммерческим арбитражем для рассмотрения спора по существу. Освещаются основные подходы к пониманию lex mercatoria, а также обосновывается позиция о целесообразности избрания lex mercatoria в качестве права, которое применяется международным коммерческим арбитражем для рассмотрения спора.*

**Ключевые слова:** lex mercatoria; право, которое применяется международным коммерческим арбитражем для рассмотрения спора; выбор права.

**Lys, G. I. Lex Mercatoria as the Law Applicable to International Commercial Arbitration for Dispute Settlement ad Rem**

*In the article the question of the need to choose law applicable to international commercial arbitration for dispute settlement ad rem in arbitration agreement is investigated. The author highlights the basic approaches to understanding lex mercatoria, argues that it is appropriate to elect lex mercatoria as the law applicable to international commercial arbitration for dispute settlement.*

**Keywords:** lex mercatoria; the law applicable to international commercial arbitration for dispute settlement; choice-of-law.

