

ДЖЕРЕЛА МІЖНАРОДНОГО КОМЕРЦІЙНОГО АРБІТРАЖУ: СУЧАСНІ ТРЕНДИ ТА ТЕНДЕНЦІЇ РОЗВИТКУ

Досліджено різноманітні сучасні підходи до визначення та класифікації джерел міжнародного комерційного арбітражу. Та правова природа міжнародного комерційного арбітражу, яка існує на теперішній час у доктрині арбітражу, має суттєві недоліки і не відображає реалій сьогодення щодо розгляду зовнішньоекономічних спорів. Адже та довіра і ті переваги, які притаманні міжнародному комерційному арбітражу, роблять його настільки привабливим для сторін зовнішньоекономічної діяльності (і не тільки), наскільки це можливо. Така тенденція до "приватизації" розгляду спорів з іноземним елементом є не випадковою через наявність уніфікованих міжнародних нормативно-правових актів, які застосовуються до міжнародного комерційного арбітражу.

Незважаючи на такі переваги, основним питанням у міжнародному комерційному арбітражі все ж залишається питання про застосовні джерела права. Ключовим принципом, який відрізняє арбітраж від національного судочинства, є "автономія волі" сторін, тому, відповідно, саме сторони визначають, за якими правовими нормами саме і якої країни вони бажають, щоб їх спір був розглянутий. І в цьому разі досить неоднозначними є погляди вчених, які порівнюють доцільність застосування *lex fori* чи *lex arbitri*.

За результатами дослідження зроблено висновки щодо можливої класифікації джерел міжнародного комерційного арбітражу і пропонується новий підхід до визначення саме природи джерела арбітражу, вважаючи, що сам арбітраж не може існувати виключно у правовому вакуумі.

Ключові слова: міжнародний комерційний арбітраж, арбітражна угода, джерела арбітражу, врегулювання спорів, цивільний процес.

Вступ. Зі зростанням глобалізаційних процесів та міжнародної торгівлі все більшої популярності набувають чимало позасудових альтернативних способів розгляду спорів, такі як арбітраж, примирення, переговори, посередництво тощо. Міжнародний комерційний арбітраж набув найбільшої популярності через свій різноманітний характер. Арбітраж є однією із процедур урегулювання спорів поряд з процедурами примирення і посередництва, що широко використовуються для врегулювання спорів, які виникають між сторонами зовнішньоекономічних спорів.

Зовнішньоекономічні договори є важливим інструментом регулювання діяльності сторін у арбітражних спорах. Проте існують обставини, у яких правила публічного порядку передбачають, що такі форми договорів не підлягають примусовому виконанню у межах юрисдикції конкретної держави. Це є результатом узгодженості законів про міжнародний комерційний арбітраж між країнами, а також їхніх правових процедур. Докладаються численні зусилля щодо узгодження процедур міжнародного комерційного арбітражу, тоді як арбітраж зазвичай розглядається як координаційний центр для багатьох країн з різними культурними та соціальними стандартами, у якому складність та відмінності в арбітражному законодавстві призводять до випадків невідповідності в арбітражних рішеннях. Останнім часом Організація Об'єднаних Націй заохочувала рух за гармонізацію комерційного арбітражу в міжнародних договорах, регіональних угодах та національних законах [1]. Це також підвищує ефективність та дієвість міжнародної арбітражної практики.

Зазначена проблематика неодноразово була предметом дискусій таких учених, як Ю. Притика, В. Комаров, М. Мальський, Ф. Манн, Д. Лью та інших, але повною мірою не була розкрита і потребує значного наукового дослідження. Мета даної статті – продемонструвати тенденції розвитку сучасних поглядів до визначення на класифікації джерел міжнародного комерційного арбітражу.

Виклад основного матеріалу. Спочатку сам арбітраж розглядався як нейтральний суд, у якому сторони спору незалежні від національних судів. Джуліан Лью стверджував, що міжнародний арбітраж має створюватися та проводитися відповідно до міжнародної визначеної практики, без контролю з боку місцевих національних законів та без втручання чи перегляду з боку національних судів. Арбітражні угоди та рішення повинні визнаватися національними судами без будь-яких ускладнень чи процедури перегляду [2, с. 164].

Хоча певна незалежність (автономність) сторін зовнішньоекономічного контракту – можливість домовлятися про те, щоб їхній спір вирішувався незалежними арбітрами, є ключовим принципом у міжнародному комерційному арбітражі, але боротьба за верховенство між національними законами та національними судами, з одного боку, автономією сторін та незалежністю міжнародної арбітражної системи з іншого боку, ще не припинилися. Протягом багатьох років національні закони по-різному прагнули контролювати, регулювати, втручатися чи підтримувати міжнародний комерційний арбітраж. Протистояти спробам "локалізувати" міжнародний комерційний арбітраж та сприяти одноманітності в цій галузі стало можливо завдяки діяльності професійних приватних установ, міжнародних та міжурядових організацій, які розробили значне зведення правових норм, які покликані забезпечити самоврядування та процедури розгляду спорів у міжнародному комерційному арбітражі.

Незважаючи на це, міжнародний комерційний арбітраж не може існувати незалежно від національних юрисдикцій. Розглядаючи діяльність міжнародного комерційного арбітражу, можна побачити, що значущість та вплив національних арбітражних законів та національного судового нагляду значно знижується, проте *lex fori*, як і раніше, відіграє важливу роль в арбітражному розгляді. Дуже дискусійною є позиція Френсіса Манна про те, що "кожен арбітраж є національним арбітражем" і його легітимність впливає виключно з певних правових норм, оскільки вона спрямована на те, щоб показати

ти, що міжнародний арбітраж не існує у "правовому вакуумі" [3, с. 172]. Однак, як зазначає Ян Паулссон, критикуючи цю позицію, Ф. Манн не робить різниці між визначенням права, яке має застосовуватися під час ухвалення арбітражного рішення, з одного боку, і правом, яке регулює сам арбітражний розгляд, з іншого боку. У результаті Ф. Манн невинувато обмежує кількість правових норм, які можуть надати законної сили арбітражному розгляду, лише одним – правом обрати місце проведення арбітражного розгляду.

На відміну від теорії Ф. Манна, Я. Паулссон зауважує, що "цікаво наполягати на авторитеті передбаченого *lex arbitri*, одночасно зазначаючи, що він зовсім не передбачений, оскільки сторони можуть обирати свій правовий порядок". Наприклад, може бути кілька можливих паралельних судових та арбітражних розглядів, національні суди просять надати тимчасові заходи на підтримку арбітражу – і, як наслідок, міжнародний арбітраж не обмежується нормами права однієї правової системи.

Вищевикладене переконливо свідчить про різноманітність джерел міжнародного комерційного арбітражу та складності, пов'язані з визначенням нормативних актів, що визначають арбітрабельність спору, проведення арбітражного розгляду, з одного боку, та нормативних актів, які вважаються застосовними для ухвалення арбітражного рішення, з іншого боку. Однак приватизація судових органів та розвиток приватної правосудності дають підстави стверджувати, що міжнародний комерційний арбітраж є частиною транснаціонального правового порядку, який необхідно відрізнити від національних правових систем [4, с. 112]. Прихильники тези про автономний арбітражний правопорядок стверджують, що, розглядаючи питання, яке прямо не врегульовано сторонами в арбітражній угоді, а також і вибір права сторонами спору, арбітри можуть і повинні приймати рішення шляхом тлумачення та застосування загальних принципів права та *lex mercatoria*, які є більш відповідними та комерційно спроможними для вирішення спорів за допомогою арбітражу, ніж правові норми іншої правової системи. Джуліан Лью пояснює цю позицію таким чином: "Міжнародний арбітраж є самостійною процедурою розгляду спорів, що регулюється переважно ненаціональними нормами та прийнятими міжнародними комерційними нормами та практикою. Міжнародний арбітраж є і має бути визнаний автономним процесом для врегулювання всіх видів зовнішньоекономічних спорів. Він існує у своєму власному просторі – поза його національною чи транснаціональною сферою. Це твердження обмежує можливості втручання національних судів у процес арбітражного розгляду".

Також Джуліан Лью стверджує, що міжнародний арбітраж, безперечно, взаємодіє з національними законами, однак, національні суди не будуть втручатися в арбітражний процес і не повинні прагнути перегляду рішень арбітражу, оскільки виключно арбітри обізнані в тонкощах матеріалів конкретної справи" [2, с. 179]. Теорія автономності міжнародного комерційного арбітражу має важливі наслідки для визначення джерел міжнародного комерційного арбітражу і, зокрема, їх авторитетності. Прихильники цього підходу підтримують думку про те, що транснаціональні норми та торговельна практика переважно краще підходять для того, щоб дати відповіді на запитання, що впливають із міжнародних комерційних відносин, ніж національне позитивне право. З вищенаведеного випливає, що, коментуючи джерела міжнародного комерційного арбітражу, важливо мати на увазі, що не існує єдиної думки щодо того, який нормативний акт є правозастосовним для міжна-

родного арбітражу. Питання про те, чи дотримуватися принципу множинності чи теорії автономності арбітражного правопорядку, не має істотного значення з погляду кількості можливих нормативних актів, які можуть бути застосовні до арбітражу. Суперечність у поглядах полягає у визнанні чи відхиленні того, що один із цих нормативних актів має переважну силу щодо інших [5, с. 136].

На підставі вищевикладеного, важливо відзначити різницю, яку Ян Паулссон проводить між застосовним арбітражним правом і правом, яке застосовується до арбітражного розгляду [6, с. 312]. Як далі пояснив автор, відмінність між ними в тому, що останнє визначає рішення арбітрів, тоді як перше стосується джерела їхніх повноважень і правопорядку, який регулює діяльність арбітражу. У менш недвозначній формі Джуліан Д. М. Лью також зазначає відносно контрасту між нормами права, що застосовуються до суті спору між сторонами зовнішньоекономічного договору, та нормами права, що регулюють проведення арбітражного розгляду, правосуб'єктність сторін і арбітрів, сферу повноважень арбітрів, приведення до арбітрів рішень:

"Існують норми міжнародного приватного права, які регулюють взаємодію різних або національних законів, що суперечать один одному. Існують також правила, що регулюють відносини між національними законами та міжнародним арбітражем. Ці норми беруть свій початок у міжнародному публічному праві, міжнародному приватному праві та міжурядових та неурядових документах, у яких розроблено процедури та практика, що користуються широким міжнародним визнанням" [2, с. 179].

Таким чином, хоча первинним джерелом міжнародного комерційного арбітражу вважається міжнародне приватне право, можуть бути випадки, коли джерела міжнародного публічного права можуть бути взяті до уваги, оскільки вони мають стосунок до визначення законності міжнародного комерційного арбітражу [7, с. 9; 8]. Слід зазначити, що Статут Міжнародного Суду містить конкретну норму, присвячену джерелам права.

Згідно зі статтею 38 Статуту Міжнародного Суду, основними джерелами міжнародного права є міжнародні конвенції, міжнародний звичай та загальні засади права, визнані цивілізованими націями. Останні також визнаються як додаткове джерело права відповідно до документів приватного міжнародного права. Статут Міжнародного Суду також схвалює судові рішення та доктрини найбільш кваліфікованих фахівців із публічного права різних націй як допоміжний засіб для визначення правових норм. Хоча вони не мають обов'язкової сили, крім як для сторін, що беруть участь у справі, і лише в певній справі, їхня роль має велике значення [9]. Такий підхід до додаткових джерел забезпечує як правову визначеність у застосуванні норм права, так і гнучкість під час розгляду питання про застосування нових правових обґрунтувань до питань, що розглядаються. З одного боку, суд має право дотримуватись правової аргументації своїх рішень, прийнятих у попередніх справах, що сприяє формуванню стабільної та послідовної судової практики, а, з іншого боку, суд не пов'язаний цим юридичним обґрунтуванням і може прийняти нове рішення, якщо воно видається більш доречним. Це забезпечує гнучкість чинного законодавства та його адаптацію до нових життєвих ситуацій, наприклад у зв'язку з технологічними досягненнями чи придбанням нових даних чи знань. Підхід до судових рішень, прийнятий Міжнародним Судом, можна розглядати як приклад належної практики під час аналізу статусу арбітражних рішень як джерела права в міжнародному комерційному арбітражі [10, с. 11–12].

Слід зазначити, що визначення джерел права в міжнародному комерційному арбітражі може залежати від схвалення тієї чи іншої теорії міжнародного комерційного арбітражу. Наприклад, в юрисдикційній теорії перевага віддається суворому застосуванню права арбітрами, включаючи дотримання судових рішень, що діють. Такий підхід підтримує верховенство права, сприяє більшій визначеності та передбачуваності в міжнародному комерційному арбітражі та, можливо, зміцнює авторитет самого арбітражу [11, с. 75]. Крім того, він служить цілям арбітражного процесу та відповідає вимогам його об'єктивності.

Таким чином, проаналізувавши основні доктринальні підходи до джерел права та наголосивши на певних рисах, притаманних міжнародному комерційному арбітражу, які необхідно враховувати в класифікації джерел міжнародного арбітражу, надалі буде розглянуто категорії, запропоновані в науковій літературі і запропоновані власні висновки з даного питання.

Класифікації джерел права у міжнародному комерційному арбітражі. Спочатку слід зазначити, що питання категоризації в контексті міжнародного комерційного арбітражу вимагають подальшого вивчення. Аналізуючи наукові підходи щодо класифікації джерел міжнародного комерційного арбітражу, можна дійти висновку, що це питання не розкрито на достатньому рівні, незважаючи на його важливість стосовно застосування права та відсутності консенсусу щодо класифікації джерел права. Відповіді на такі запитання, як "чи є *Lex Mercatoria* джерелом права?", "Чи мають арбітри дотримуватися рішень національних судів?", "Чи мають арбітри дотримуватися юридичного чи гнучкого підходу до питань класифікації, тобто чи повинні вони дотримуватися методу класифікації, визначеної конкретною правовою системою, або ж вони повинні проводити порівняльний правовий аналіз?", впливають на процес ухвалення арбітражного рішення.

Однак, незважаючи на відсутність послідовності у класифікації джерел права, з наявної літератури можна зробити висновок про те, що вчені та практики дотримуються менш формалістичного підходу до цього питання. Вони часто враховують особливі характеристики міжнародного комерційного арбітражу і підтримують розуміння джерел міжнародного комерційного арбітражу, які є обмеженими стосовно концепцій, запровадженими в їхній юрисдикції.

Таким чином, С. Стронг проводить різницю між вісьмама категоріями джерел права, а саме: конвенціями та договорами, національним законодавством, арбітражним регламентом, правом спору (процесуальними постановами та угодами між сторонами), арбітражними рішеннями, прецедентним правом, монографіями та юридичними статтями [12, с. 12]. Проте професор С. Стронг не дає теоретичного обґрунтування цієї класифікації. Взаємозамінне використання термінів "джерела права", "правові джерела", "юридичні органи" та "форми правових органів" призводить до деякої плутанини щодо критеріїв, що використовуються для визначення різниці між джерелами права в арбітражі.

На жаль, професор Стронг не акцентує увагу на ролі широко визнаних норм права, таких як *lex mercatoria*, торгових звичаїв, а також на загальних засадах міжнародного права [13, с. 323]. Хоча *lex mercatoria* та загальні принципи відповідно до статті 38 Статуту Міжнародного Суду коротко згадуються у зв'язку з можливими законами, що регулюють суть спору, їх включення до розділу "Джерела права – національні закони" викликає серйозні сумніви. Цікаво відзначити, що процесуальні постанови

та угоди між сторонами кваліфікуються автором як джерела права на основі їхньої обов'язкової сили для сторін. Таким чином, можна припустити, що основний зовнішньоекономічний договір між сторонами також слід розглядати як джерело права (згідно з цією класифікацією). Такий висновок, однак, вводить в оману щодо різниці між джерелами права та джерелами (договірних) зобов'язань. Хоча зовнішньоекономічний договір та арбітражні угоди є обов'язковими для сторін, ці наслідки випливають із принципів *pacta sunt servanda* та сумлінності.

Як підтвердження цієї думки можна навести приклад рішення Федерального Суду Швейцарії № 4A_488/2009 від 15 лютого 2010 року. Відповідно до цього рішення виник спір з приводу розірвання договору купівлі-продажу металевих прутів між турецькою та румунською компаніями. Турецька компанія порушила арбітражний розгляд у Женеві під головуванням одноособового арбітра, який ухвалив рішення на їхню користь. Румунська компанія подала апеляцію до Федерального Суду Швейцарії, вимагаючи скасування арбітражного рішення на підставі порушення публічного порядку, зокрема порушення правила *pacta sunt servanda*. Суд відхилив цю претензію, заявивши, що неточне тлумачення договору є порушенням правила *pacta sunt servanda*. Останнє буде порушено лише в тому (найменш малоймовірному) разі, коли арбітражний суд визнає, що договір має обов'язкову силу, а потім звільнить сторону від його дотримання[†].

До того ж порівняльний аналіз, проведений професором Стронгом між джерелами права у національних правових системах та джерелами права в міжнародному комерційному арбітражі, показує деякі неточності та обмеження. Однак автор правильно наголосує на важливості джерел права в арбітражі, відповідаючи на критику приватного характеру цього методу вирішення спорів, а також на доктринальні точки зору, що прирівнюють міжнародний арбітраж до "беззаконного" процесу прийняття рішень через неформальність судового розгляду та передбачуване недотримання основних норм права [14, с. 202].

Ще одну класифікацію джерел права в міжнародному арбітражі запропонував Лоеф К. Вербеке, який проводить різницю між шістьма категоріями, а саме договорами, національним законодавством, арбітражним регламентом, арбітражними рішеннями, рішеннями національних судів та науковою літературою [15, с. 293]. Цей автор не визнає ні *lex mercatoria*, ні торговельні звичаї та загальні принципи права як джерела права в міжнародному комерційному арбітражі. Однак не викликає сумнівів той факт, що *lex mercatoria*, торгові звичаї широко визнаються як джерела права і відіграють важливу роль у процесі ухвалення рішень. Наприклад, відповідно до ст. 7(2) Конвенції Організації Об'єднаних Націй про договори міжнародної купівлі-продажу товарів від 11.04.1980 р. питання, що стосуються предмета регулювання цієї Конвенції, які прямо в ній не дозволені, підлягають вирішенню відповідно до загальних принципів, на яких вона заснована, а за відсутності таких принципів – відповідно до права, що застосовується з норм міжнародного приватного права. Також ст. 9 цієї Конвенції регламентує, що сторони пов'язані будь-яким

[†] Federal Tribunal Decision No 4A_488/2009 rendered on 15 February 2010. URL: http://relevancy.bger.ch/php/aza/http/index.php?lang=fr&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&sort=relevance&insertion_date=&top_subcollection_aza=all&query_words=4A_488/2009&rank=1&azacilr=aza&highlight_docid=aza%3A/15-02-2010-4A_488-2009&number_of_ranks=1. English translation: <http://www.swissarbitrationdecisions.com/claim-of-violation-of-public-policy-pacta-sunt-servanda-and-the>

звичаєм, щодо якого вони домовилися, та практикою, яку вони встановили у своїх взаємних відносинах. За відсутності домовленості про інше вважається, що сторони мали на увазі застосування до їхнього договору або його укладення звичаю, про який вони знали або повинні були знати і який у міжнародній торгівлі широко відомий і постійно дотримується сторонами в договорах такого ґатунку у відповідній галузі торгівлі [16].

Ще одним підтвердженням використання *lex mercatoria* та загальних торгових звичаїв є Постанова Київського апеляційного господарського суду від 13 січня 2014 року у справі № 910/21449/13, щодо якої визначається, що відповідно до ч. 1 ст. 7 ЦК України цивільні відносини можуть регулюватися звичаєм, зокрема, звичаєм ділового обороту. Звичаєм є правило поведінки, яке не встановлене актами цивільного законодавства, але є усталеним у певній сфері цивільних відносин; звичай може бути зафіксований у відповідному документі.

Згідно з п. 2 Листа Вищого господарського суду України від 07.04.2008 № 01-8/211 "Про деякі питання практики застосування норм Цивільного та Господарського кодексів України" документами, що застосовуються в Україні, у яких зафіксовані звичаї ділового обороту є, зокрема, Принципи міжнародних комерційних договорів (Принципи УНІДРУА) у редакції 1994 р.

У статті 4.7 Принципів УНІДРУА у редакції 1994 передбачено, якщо договір складено на двох або більше мовах і кожний із його текстів має однакову силу, то в разі розбіжностей між текстами, перевага надається тлумаченню відповідно до варіанту тексту договору, який був складений первісно [17].

Саме в Преамбулі Принципів УНІДРУА 2016 року визначається можливість використання конкретних джерел права для вирішення спорів, що впливають із міжнародних договорів. Зокрема, відповідно до цих Принципів, якщо сторони міжнародного зовнішньоекономічного договору виявлять бажання вибрати Принципи як норму права, яка регулюватиме цей договір, то вони зобов'язані це зробити саме в арбітражній угоді, оскільки автономність арбітражного рішення має вищу силу, ніж норми національного законодавства. Якщо ж це буде зроблено просто як одна з частин договору, то в переважне значення матиме внутрішнє законодавство країни про міжнародне право.

Крім цього, у Принципах стверджується, що сторони міжнародних комерційних договорів, які не можуть домовитися про вибір конкретного внутрішнього права як права, що застосовується до їхнього договору, іноді передбачають, що він регулюється "загальними принципами права", "звичаями міжнародної торгівлі", *lex mercatoria* тощо. [18].

Еммануель Гайярд та Джон Севідж зробили спробу систематизувати підходи до визначення видів джерел права в міжнародному комерційному арбітражі. Вони проводять різницю між джерелами права публічного і приватного походження. До джерел публічного походження автори зараховують ті, які є у правових системах кожної держави, і навіть міжнародні джерела. До міжнародних джерел належать, на думку вчених, міжнародні конвенції, міжнародний звичай, загальні засади права та судові рішення, перелічені у статті 38 Статуту Міжнародного Суду [19]. Крім того, на думку Е. Гайярда та Дж. Севіджа, "м'яке право" може також належати до категорії міжнародних джерел права, оскільки воно складається з документів, розроблених міжнародними організаціями, які просто рекомендуються, а не нав'язуються ними. Такими факультативними документами є арбітражні регламенти, розроблені міжнародними уста-

новами, тобто Арбітражний регламент ЮНСІТРАЛ, Типовий закон ЮНСІТРАЛ про міжнародний торговий арбітраж та двосторонні угоди про правову допомогу. Ці науковці стверджують, що джерелами приватного походження є типові арбітражні угоди, арбітражні правила та арбітражні рішення.

Концепція, яка прийнята Е. Гайярдом і Дж. Севіджем у класифікації джерел права в міжнародному комерційному арбітражі, має перевагу, що забезпечує структуровану класифікацію, оскільки вона заснована на диференціації з урахуванням певних критеріїв, тобто походження та територіальної дійсності. Незважаючи на використання формального методу встановлення законності, цей підхід не є повною мірою всеосяжним, оскільки немає жодного пояснення причин, на підставі яких джерела права класифікуються на основі диференціації за ознакою державного та приватного походження. Така класифікація не дозволяє зрозуміти, чому зазначені норми права визнаються як джерела права в міжнародному комерційному арбітражі.

Наприклад, так зване рекомендаційне право може бути представлене як у категоріях джерел публічного, так і приватного походження. Типовий закон ЮНСІТРАЛ про міжнародний торговий арбітраж розроблявся Комісією Організації Об'єднаних Націй з права міжнародної торгівлі та призначений для надання державам допомоги в реформуванні, модернізації та узгодженні їх законів про арбітражне судочинство. Він не має обов'язкової сили, якщо він не включений до національного законодавства після відповідної процедури. Як приклад рекомендаційного права приватного походження можна навести Керівні принципи Міжнародної асоціації адвокатів щодо представництва сторін у міжнародному арбітражі [20]. Останні створюються Міжнародною асоціацією адвокатів, яка є професійною організацією юристів-практиків, колегами адвокатів та юридичними товариствами, що займаються розвитком міжнародного права. Аналогічним чином можна навести відповідні приклади щодо міжнародного звичаю як джерела права публічного походження та торгової практики, а *lex mercatoria* як джерело права приватного походження.

Хоча Е. Гайярд і Дж. Севідж визнають, що міжнародний комерційний арбітраж має особливий характер, вони не намагаються розглянути питання про те, чи можуть його характеристики та цілі впливати на джерела права, які застосовуються до нього. Наприклад, основні переваги арбітражу, який відрізняє його від національного порядку розгляду спорів у судах, полягають у його обліку індивідуальних інтересів та заохочення принципу автономії сторін. Водночас арбітри завжди стикаються зі складнощами, коли їм доводиться ухвалювати рішення про обмеження принципу автономії сторін, як і в тих випадках, коли цей принцип входить до колізії з джерелами права публічного та приватного походження. Хоча автономія сторін обмежена лише тією мірою, якою вона суперечить імперативним нормам національного законодавства, інституційний арбітражний регламент стає всеосяжним і нетерпимим стосовно втручання сторін. Стає дедалі суперечливішим погляд, що саме походження норм права робить їх джерелами права та повністю визначає їхню авторитетність. Ще одним цікавим аспектом, що заслуговує на увагу, є визнання типових арбітражних застережень як джерела права.

Однак арбітражні угоди, що укладаються в кожному конкретному випадку, не можуть розглядатися як "джерело міжнародного арбітражного права", оскільки з більш практичної точки зору спеціальні положення, узгоджені між сторонами договору, явно не мають такої ж

сили та значущості, як інструменти, призначені для використання – та фактично використовувані – у нескінченній кількості випадків.

Наведені вище заяви є двозначними та підлягають більш ретельному аналізу з кількох причин. По-перше, важко зрозуміти, яким чином типова арбітражна угода може "регулювати" будь-які ситуації, яким вона прямо не призначалася". Будь-яка арбітражна угода, чи то типова, чи спеціальна, може бути застосована до спору між сторонами тільки в тому разі, якщо вона є дійсною та чинною; тобто коли сторони прямо передбачили, що їхній спір буде врегульовано шляхом арбітражу, та дотримуються необхідних вимог щодо формальної та матеріальної дійсності арбітражної угоди.

По-друге, вищезгаданий підхід не враховує, що професійним організаціям та приватним суб'єктам делегуються нормотворчі функції у міжнародному торговому арбітражі. Ця функція впливає не з будь-якої міри повторення та спільності правил, а зі статутних положень у національних законодавствах, які відображають статтю 19(1) ЮНСІТРАЛ, де передбачено, що за умови дотримання положень цього Закону сторони можуть на власний розсуд домовитися про процедуру розгляду справи арбітражним судом. За відсутності такої домовленості арбітражний суд може, з урахуванням положень цього Закону, вести арбітражний розгляд таким чином, як він вважає за належне. Повноваження, надані арбітражному суду, включають повноваження визначення допустимості, відносності, суттєвості і значущості будь-якого доказу.

По-третє, теза про те, що типові арбітражні угоди можуть розглядатися як джерела права, не проводить відмінності між джерелами права, що застосовуються в міжнародному комерційному арбітражі, та джерелами зобов'язань. Будь-яка арбітражна угода (джерело зобов'язання) повинна виконуватись сторонами відповідно до принципу *pacta sunt servanda* (джерело права). Протилежний підхід передбачає визнання комерційних договорів або прийнятими типових положень та угод як джерела права. Хоча визнається, що м'яке право є одним із джерел права в міжнародному комерційному арбітражі, типові арбітражні угоди не можуть розглядатися як джерела права, оскільки вони не є нормами права, і не володіють будь-якими обов'язковими або переконливими повноваженнями щодо спорів, за якими сторони не досягли справжньої згоди [21, с. 72].

У всіх наведених вище класифікаціях використовується формалізований підхід до визначення джерел міжнародного комерційного арбітражу [22, с. 83]. Джошуа Картон виступає за менш правове розуміння концепції норм у міжнародному комерційному арбітражі. На думку Джошуа Картон, деякі характерні особливості арбітражу є результатом загальної культури та цінностей, загальних соціальних норм: "...у системі, у якій повноваження арбітрів на ухвалення рішень по суті спорів обмежені незначною мірою, соціальні норми мають особливо важливе значення для спрямування та легітимізації міжнародного арбітражного правосуддя. Загальні норми сприяють гармонізації процесу прийняття рішень у системі, яка інакше сприятиме внутрішньої узгодженості".

Автор виокремлює чотири соціальні норми, які є елементами культури міжнародного комерційного арбітражу, що зароджується. Це автономія сторін, послуги бізнесу, нейтралітет та інтернаціоналізм. Джошуа Картон далі розвиває кожну із чотирьох соціальних норм. Наприклад, він визнає, що автономія сторін є одним з основних принципів міжнародного комерційного арбітражу і стала нормою, що широко укорінилася. Стверджується, що як

соціальна норма автономія сторін діє як обмеження повноважень арбітрів і як гарантія того, що індивідуальні інтереси переважають над системними [23, с. 75].

Внесок аналізу Картон у розвиток концепції джерел права в міжнародному комерційному арбітражі полягає у запропонованому переході до менш формального підходу, який урахує особливий характер арбітражу та враховує як виконання функцій держави, організації та професійних органів і навіть правозастосовних функцій арбітрів. Такий підхід, безсумнівно, більш доречний щодо норм права, визнаних як джерела права міжнародного комерційного арбітражу. Він свідчить про різноманіття норм, що регулюють арбітраж, і складну динаміку системи. Формалістична конструкція не є адекватною, оскільки вона не може пояснити, чому арбітри можуть приймати рішення щодо спору, що розглядається таким чином, який істотно відрізняється від національних судів. Класифікація джерел міжнародного комерційного арбітражу має відбивати ці властиві системі характеристики.

Висновки. Як убачається, у більшості запропонованих класифікацій не враховується загальний характер вимог, що висуваються до міжнародного комерційного арбітражу, і віддається перевага формалістичному підходу до встановлення джерел права. Такий підхід створює сприятливе середовище для еволюції судочинства. Застосовуючи формалістичний підхід до класифікації джерел права, арбітри заохочуються до суворого застосування правничих та ігнорування застосування інших норм, відповідно до яких ухвалюється рішення.

Хоча правильно, що арбітражу "не існує у правовому вакуумі" та його легітимність впливає з однієї чи кількох національних правопорядків, можна стверджувати, що арбітражна практика у вигляді загальних соціальних норм відіграє значну роль у створенні та проведенні арбітражного розгляду та ухвалення рішень арбітром. Саме тому значення такої практики та норм слід оцінювати, визнаючи останні як законні джерела права. У цьому пропонується, щоб за класифікації джерел права враховувалися, з одного боку, множинність судових постанов, застосовуваних до арбітражу й у ньому, з другого – загальні соціальні норми, що формують зростаючу культуру арбітражу.

Поняття "джерело права" слід розуміти в найширшому сенсі, щоб воно включало різні правові та соціальні норми, що впливають на процес ухвалення рішень арбітром. Застосування гнучкого підходу до класифікації джерел права в міжнародному комерційному арбітражі спонукає арбітрів проводити порівняльний правовий аналіз під час прийняття рішень, замість наслідувати формалістичний підхід до джерел права, останні організовані в ієрархічній системі. Такий формалізований підхід служить цілям судової системи та сприяє формалізації міжнародного комерційного арбітражу.

Список використаних джерел

1. Secretary-General's address to International Council for Commercial Arbitration Congress // United Nations. Port-Louis, Mauritius, 09 May 2016. URL: <https://www.un.org/sg/en/content/sg/statement/2016-05-09/secretary-generals-address-international-council-commercial> (дата звернення – 13.09.2022)
2. Lew J. D. M., Jafari T. Achieving the Dream: Autonomous Arbitration // International Law Review. 2009. № 26(40). P. 163–193.
3. Mann Francis A. Lex Facit Arbitrum // International Arbitration Liber Amicorum for Martin Domke / Pieter Sanders and Martin Domke (eds). Nijhoff, 1967. P. 157–183.
4. Cutler A. Claire. International Commercial Arbitration, Transnational Governance, and the New Constitutionalism // International Arbitration and Global Governance: Contending Theories and Evidence / Walter Mattli and Thomas Dietz (eds). 1st edn. 2014.
5. Redfern Alan, Hunter Martin, Blackaby Nigel, Partasides Constantine. Introduction // Law and Practice of International Commercial Arbitration / Alan Redfern and others (eds). 4th edn. Sweet & Maxwell, 2004.

6. Paulsson Jan. Arbitration in Three Dimensions // 60 ICLQ. 2011. P. 291–323 URL: <https://www.jstor.org/stable/23017003>.
7. Roth Marianne, Happ Richard. Interpretation of the CISG According to Principles of International Law // International Trade and Business Law Annual. Volume 4. 1999. P. 1–12;
8. John O. Honnold. Interpretation of the Convention // Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention. 3rd. Kluwer Law International. Austin : Wolters Kluwer, 2009. 4th ed. Article 7.
9. Статут Международного суда ООН // ООН. URL: <http://www.un.org/ru/icc/statut> (дата звернення – 01.08.2022).
10. Guillaume Gilbert. The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators // Journal of International Dispute Settlement. 2011. P. 5–23.
11. Lew Julian, Mistelis Loukas, Kröll Michael. Juridical Nature of Arbitration // Comparative International Commercial Arbitration / Julian D. M. Lew and others (eds). 2003.
12. Strong S. I. Research and Practice in International Commercial Arbitration: Sources and Strategies. 1st edn. 2009.
13. Pryles Michael. Application of Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration // U.N.S.W.L.J. 2008. P. 319–329.
14. Drahozal Christopher R. Is Arbitration Lawless? // Loy. L. A. L. Rev. 2007. P. 187–216.
15. Verbeke Loeff C. Sources of International Commercial Arbitration // Int'l J Legal Info. 1995. P. 293–294.
16. Конвенція Організації Об'єднаних Націй про договори міжнародної купівлі-продажу товарів від 11 квітня 1980 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_003#Text.
17. Постанова Київського апеляційного господарського суду від 13 січня 2014 року у справі № 910/21449/13. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/36640755>
18. Principles of International Commercial Contracts // NIDROITU URL: <https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf>
19. Gaillard Emmanuel, Savage John. Sources of International Commercial Arbitration // Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration / Emmanuel Gaillard and John Savage (eds). 1st edn. Kluwer Law International 1999.
20. IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration : Adopted by a resolution of the IBA Council 25 May 2013 International Bar Association. London, 2013. URL: <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=6F0C57D7-E7A0-43AF-B76E-714D9FE74D7F>
21. D'Aspremont Jean. Formalism and the Sources of International Law: A Theory of the Ascertainment of Legal Rules // International Law. Oxford, 2011.
22. D'Aspremont Jean. The Critiques of Formal Law-Ascertainment in the Theory of the Sources of International Law // Formalism and the Sources of International Law: A Theory of the Ascertainment of Legal Rules. 1st edn. 2011. P. 83.
23. Karton Joshua. International Arbitration Culture and Global Governance // International Arbitration & Global Governance: Contending Theories And Evidence / eds. Walter Mattli & Thomas Dietz. 2014. P. 74–116.
24. Alan Redfern, Martin Hunter, Nigel Blackaby, and Constantine Partasides, 'Introduction' in Alan Redfern and others (eds), Law and Practice of International Commercial Arbitration (4th edn, Sweet & Maxwell 2004) (in English)
25. Jan Paulsson, 'Arbitration in Three Dimensions' (2011) 60 ICLQ 291–323 <https://www.jstor.org/stable/23017003>
26. Marianne Roth and Richard Happ, 'Interpretation of the CISG According to Principles of International Law' (1999) 4 Int'l. Trade & Bus. L. Ann. 1–12; John O. Honnold, 'Article 7. Interpretation of the Convention' in Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention (3rd. Kluwer Law International 1999).
27. Statut Mezhdunarodnogo suda OON [elektronniy resurs] // ООН. URL: <http://www.un.org/ru/icc/statut> (дата звернення 01.08.2022)
28. Gilbert Guillaume, 'The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators' (2011) 2 Journal of International Dispute Settlement, p. 5–23
29. Julian Lew, Loukas Mistelis and Stefan Kröll (Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis, and Stefan Michael Kröll, 'Juridical Nature of Arbitration' in Julian D. M. Lew and others (eds), Comparative International Commercial Arbitration (Kluwer Law International 2003)
30. SI Strong, Research and Practice in International Commercial Arbitration: Sources and Strategies (1st edn, OUP 2009) para 2.09
31. Michael Pryles, 'Application of Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration' (2008) 31 U.N.S.W.L.J. 319–329.
32. Federal Tribunal Decision No 4A 488/2009 rendered on 15 February 2010; English translation available at: <http://www.swissarbitrationdecisions.com/claim-of-violation-of-public-policy-pacta-sunt-servanda-and-the->; Original text available at: http://relevancy.bger.ch/php/aza/http/index.php?lang=fr&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&sort=relevance&insertion_date=&top_subcollection_aza=all&query_words=4A_488/2009&rank=1&azacilr=aza&highlight_docid=aza%3A/15-02-2010-4A_488-2009&number_of_ranks=1
33. Christopher R. Drahozal, 'Is Arbitration Lawless?' (2007) 40 Loy. L. A. L. Rev. 187–216
34. Loeff C. Verbeke, 'Sources of International Commercial Arbitration' (1995) 23 Int'l J Legal Info 293–294.
35. Konvencija Organizacij Ob'ednanih Nacij pro dogovori mizhnarodnoi kupivli-prodazhu tovariv vid 11 kvitnya 1980 roku (ukr/ros) https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_003#Text
36. Постанова Kiivs'kogo apelyacijnogo gospodars'kogo sudu vid 13 sichnya 2014 roku u spravi № 910/21449/13 <https://reyestr.court.gov.ua/Review/36640755>
37. UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts <https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf>
38. Emmanuel Gaillard and John Savage, 'Sources of International Commercial Arbitration' in Emmanuel Gaillard and John Savage (eds), Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration (1st edn, Kluwer Law International 1999)
39. IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=6F0C57D7-E7A0-43AF-B76E-714D9FE74D7F>
40. D'Aspremont, 'The Emergence of Formal Law-Ascertainment in the Theory of the Sources of International Law' (n 38) 72
41. Jean D'Aspremont, 'The Critiques of Formal Law-Ascertainment in the Theory of the Sources of International Law' in Formalism and the Sources of International Law: A Theory of the Ascertainment of Legal Rules (1st edn, OUP 2011) p. 83.
42. Joshua Karton, International Arbitration Culture and Global Governance, Walter Mattli & Thomas Dietz, International Arbitration & Global Governance: Contending Theories And Evidence (2014) P. 74–116

References

1. United Nations Secretary-General, Secretary-General's Address to International Council For Commercial Arbitration Congress, 2016. <https://www.un.org/sg/en/content/sg/statement/2016-05-09/secretary-generals-address-international-council-commercial> (in English)
2. D. M. Lew, J., Jafari, T. Achieving the Dream: Autonomous Arbitration. International Law Review, 2009; 26(40): 163-193. doi: 10.22066/cilamag.2009.17374 (in English)
3. Francis A Mann, 'Lex Facit Arbitrum' in Pieter Sanders and Martin Domke (eds), International Arbitration Liber Amicorum for Martin Domke (Nijhoff, 1967) 157-183 (in English)
4. A. Claire Cutler, 'International Commercial Arbitration, Transnational Governance, and the New Constitutionalism' in Walter Mattli and Thomas Dietz (eds), International Arbitration and Global Governance: Contending Theories and Evidence (1st edn, OUP 2014) (in English)

S. Kravtsov, Associate Prof.
Yaroslav Mudryi National Law University, Kharkiv, Ukraine

SOURCES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION: CURRENT TRENDS AND DEVELOPMENT TENDENCIES

Various modern approaches to the definition and classification of sources of international commercial arbitration have been studied. The legal nature of international commercial arbitration, which currently exists in the arbitration doctrine, has significant shortcomings and does not reflect today's realities regarding the consideration of foreign economic disputes. After all, the trust and advantages inherent in international commercial arbitration make it as attractive as possible for the parties to foreign economic activity (and not only). Such a tendency to "privatize" the consideration of disputes with a foreign element is not accidental due to the presence of unified international legal acts that are applied to international commercial arbitration.

*Despite such advantages, the main issue in international commercial arbitration still remains the applicable sources of law. Since the key principle that distinguishes arbitration from national court proceedings is the "autonomy of the will" of the parties, accordingly, the parties determine under which legal norms and in which country they want their dispute to be heard. And in this case, the views of scientists who compare the expediency of applying *lex fori* or *lex arbitri* are quite ambiguous.*

Based on the results of the conducted research, conclusions are made regarding the possible classification of sources of international commercial arbitration and a new approach is proposed to determine the nature of the source of arbitration, considering that arbitration itself cannot exist exclusively in a legal vacuum.

Keywords: international commercial arbitration, arbitral agreement, sources of arbitration, conflict resolution, civil procedure.

Received: 02.08.22
Revised: 17.08.22
Accepted: 16.09.22