
**ПРАВО
И МЕЖДУНАРОДНЫЕ ОТНОШЕНИЯ**

**ОПРЕДЕЛЕНИЕ ПРАВА, ПРИМЕНИМОГО К СУЩЕСТВУ СПОРА
МЕЖДУНАРОДНЫМ КОММЕРЧЕСКИМ АРБИТРАЖЕМ**

© 2010 г. Марина Петровна Бардина¹

Краткая аннотация: статья посвящена особенностям определения применимого права международным коммерческим арбитражем. Содержит анализ выбора сторонами спора “норм права” с учетом специального толкования этого термина в законодательстве и в регламентах, которое включает не только право, но и транснациональные нормы, созданные для международного коммерческого оборота. Рассматриваются методы определения применимого права арбитрами, обладающими свободой от применения коллизионных норм страны местонахождения. Делается вывод, что тенденция денационализации арбитража отвечает стремлению участников международной торговли разрешать спор в нейтральном органе, для обеспечения равных возможностей защиты их интересов.

Annotation: the article is devoted to the peculiarities of the determination of applicable law by international commercial arbitration. It contains the analysis of the choice by the parties of the dispute of “rules of law”, taking into account the special interpretation of this term in legislation and in the Rules, which includes not only the law, but also transnational rules, created for international commercial turnover. There are considered the methods of determination of applicable law by arbitrators, which are free from the application of the conflict of law rules of the place of arbitration. It is concluded that the tendency of denationalization of arbitration answers the intention of the participants of international trade to settle disputes in the neutral body to ensure the equal opportunities to defend their interests.

Ключевые слова: международный коммерческий арбитраж; применимое право; толкование термина “нормы права”; применимые коллизионные нормы, прямой выбор права, транснациональное право.

Key words: international commercial arbitration, applicable law, interpretation of the term “rules of law”, applicable conflict of law rules, direct choice of law, transnational law.

Активное участие российских предпринимателей в международном экономическом обороте требует большего внимания к изучению международного коммерческого арбитража, который является основным способом рассмотрения споров в международной торговле.

Подчиняя споры международному коммерческому арбитражу с исключением подсудности государственным судам, стороны руководствуются преимуществами данного альтернативного способа рассмотрения споров, который не входит в систему государственных судов, а черпает свои полномочия из арбитражного соглашения. К таким преимуществам традиционно относят выбор сторонами арбитров, которые проводят заседания в выбранном сторонами государстве и на языке, согласованном участниками спора. При этом обеспечиваются конфиденциальность,

окончателность принятого решения, широкая международно-договорная основа для принудительного исполнения решения более чем в 140 странах – участницах Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений и т.д.

Среди таких преимуществ можно назвать и особенности определения международным коммерческим арбитражем права, применимого к существу спора, т.е. правил, на основе которых оцениваются правомерность и обоснованность требований истца и возражений ответчика.

Признание этих особенностей на законодательном уровне в РФ подтверждается положением п. 1 ст. 1186 ГК РФ, которое предусматривает, что “особенности определения права, подлежащего применению международным коммерческим арбитражем, устанавливаются законом о международном коммерческом арбитраже”.

Какие же особенности устанавливает Закон о международном коммерческом арбитраже РФ, ко-

¹ Старший научный сотрудник Института государства и права РАН, кандидат юридических наук (E-mail: mpbardina@gmail.com; тел. моб.: 8-916-184-73-64).

торым ГК РФ отдает приоритет (как специальным нормам) перед общими положениями об определении применимого права?

Обратимся к ст. 28 “Нормы, применимые к существу спора” Федерального закона “О международном коммерческом арбитраже” 1993 г. (далее – Закон)². Согласно данной статье третейский суд разрешает спор в соответствии с такими нормами права, которые стороны избрали в качестве применимых к существу спора. При отсутствии какого-либо указания сторон третейский суд применяет право, определенное в соответствии с коллизионными нормами, которые он считает применимыми.

На первый взгляд вся схема определения применимого права типична и традиционна для рассмотрения спора, осложненного иностранным элементом, – исходным в силу принципа автономии воли сторон является соглашение сторон о применимом праве, а при отсутствии такого соглашения выбор применимого права осуществляют арбитры, обращаясь к коллизионному методу. Однако в отношении как выбора права сторонами, так и определения применимого права арбитрами имеются серьезные отличия от правил определения применимого права ГК РФ.

Рассмотрение этих особенностей начнем с определения применимого права сторонами. Для этого сравним приведенное выше положение п. 1 ст. 28 Закона с общими положениями Гражданского кодекса – ст. 1210 ГК РФ “Выбор права сторонами договора”, которая предусматривает, что стороны договора могут при заключении договора или в последующем выбрать по соглашению между собой право, которое подлежит применению к их правам и обязанностям по этому договору.

При внимательном прочтении мы увидим, что если в п. 1 ст. 1210 ГК РФ говорится о выборе сторонами права, то в п. 1 ст. 28 Закона говорится о разрешении спора в соответствии с “нормами права”, которые стороны избрали.

Отмеченные различия в формулировках на первый взгляд не предполагают существенной разницы в предоставлении сторонам свободы выбора права (ст. 1210 ГК РФ) или выбора “норм права” (п. 1 ст. 28 Закона). Нельзя не отметить, что и в АПК РФ говорится о применении норм иностранного права (п. 5 ст. 13, ст. 14), а не о применении права, как в ст. 1210 ГК.

Однако именно термин “нормы права” в ст. 28 Закона, а точнее то особое (специальное) толкование, которое используется в правовом режиме международного коммерческого арбитража, предопределяет эту разницу в свободе выбора применимого права сторонами.

Причина, по которой в российском законе термин “нормы права” толкуется иначе, чем в других внутренних актах, обусловлена его “международным происхождением”. Закон РФ (как и законы около 50 других стран) был принят на основе Типового закона о международном торговом арбитраже (что непосредственно указано в его преамбуле), принятого в 1985 г. Комиссией ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) и одобренного Генеральной Ассамблеей ООН для возможности использования государствами в своем законодательстве в целях создания единообразного регулирования.

Вполне очевидно, что принятие национального закона, учитывая положения Типового закона, не обеспечивает того уровня и последствий унификации, которые достигаются международно-договорной унификацией, однако ссылка в преамбуле Закона РФ на Типовой закон и включение в него ст. 28, точно воспроизводящей п. 1 и п. 2 ст. 28 Типового закона, предполагает толкование содержащихся в ней терминов в соответствии со смыслом, который заложен в них при разработке Типового закона.

Для обеспечения единообразного применения законодательства о международном коммерческом арбитраже, принятого на основе Типового закона, в 2006 г. в Типовой закон была внесена ст. 2 А “Международное происхождение и общие принципы”, в п. 1 которой предусмотрено, что при толковании настоящего закона надлежит учитывать его международное происхождение и необходимость содействовать достижению единообразия в его применении и соблюдении добросовестности³.

Именно к материалам разработки Типового закона ЮНСИТРАЛ обращаются российские и зарубежные юристы для толкования положений национальных законов, принятых на его основе.

Как следует из комментария А.С. Комарова, сделанного со ссылкой на материалы разработки Типового закона, смысл и цель использования в тексте Типового закона термина “нормы права” заключались в том, чтобы тем самым дать возможность сторонам предусматривать в качестве *lex*

² См.: Ведомости Съезда народных депутатов и Верховного Совета РФ. 1993. № 32. Ст. 1240.

³ См.: <http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/ml-arb/A1R.pdf>

contractus не только право в его обычном смысле, т.е. нормы, составляющие часть какой-то определенной национальной правовой системы, но также и правовые нормы, разработанные на международном уровне, содержащиеся как в конвенциях, так и в аналогичных юридических текстах, которые еще не приобрели обязательной силы в качестве права определенного государства⁴.

Исходя из рабочих материалов подготовки Типового закона, Х.М. Хольцман для иллюстрации той свободы, которая предоставляется в выборе “норм права”, как это предусмотрено в п. 1 ст. 28 Типового закона ЮНСИТРАЛ, приводит примеры выбора в качестве применимого права не только международные конвенции или единообразные законы, которые еще не вступили в силу, но и право ряда государств для регулирования различных аспектов договорных отношений, а также считает, что из законотворческой истории п. 1 ст. 28 Типового закона следует, что спор может быть подчинен национальному праву с исключением регулирования по отдельным вопросам, а также применимому праву, сформулированному на определенную дату с исключением более поздних изменений и дополнений⁵.

Следует отметить, что специальное значение термина “нормы права” в сфере регулирования международного коммерческого арбитража появилось еще до принятия Закона 1985 г.

Д.К. Мосс, анализируя эволюцию отношения к автономии воли в международном коммерческом арбитраже в резолюциях Института международного права, отмечала возрастание значения в международном обороте контрактов между государствами и юридическими лицами, поскольку государства, как правило, настаивали на том, что в силу своего суверенитета не могут подчиняться нормам права других государств, что позже распространилось и на отношения между частными сторонами⁶.

Термин “нормы права” впервые появился согласно французскому декрету о международном

арбитраже 1981 г. в ст. 149 ГПК Франции, согласно которой стороны, а в отсутствие их выбора и арбитры, свободны выбирать “нормы права”, применимые к их спору; при этом комментаторы были единодушны в признании молчаливой отсылки к транснациональным нормам в тексте, и суды никогда не оспаривали этого толкования⁷. Следуя этому подходу, другие правовые системы использовали то же выражение с тем же значением: ст. 1054 ГПК Нидерландов была введена в законодательство в 1986 г., при этом в объяснительном меморандуме правительства подчеркивалось, что выражение “нормы права” включало не только национальные нормы права, но также *lex mercatoria* (торговое право). Аналогичное регулирование было включено в законодательство Италии, Швейцарии, Египта, Мексики, Германии⁸.

Таким образом, Типовой закон ЮНСИТРАЛ воспринял (а не впервые ввел) термин “нормы права” со специальным толкованием, которое ранее появилось в национальном законодательстве о международном коммерческом арбитраже, содействуя тем самым широкому распространению специального значения этого термина.

В настоящее время термин “нормы права” с единообразным специальным толкованием содержится в регламентах большинства международных коммерческих арбитражей как с местонахождением в странах Типового закона, так и в странах, законодательство которых не содержит ссылки на этот закон.

Например, положение ст. 24(1) Регламента Арбитражного института Стокгольмской торговой палаты 1998 г., предусматривающее, что арбитражный суд решает спор по существу на основе норм права, согласованных сторонами, толковалось как предоставляющее сторонам наибольшую свободу в выборе права, применимого к соглашению, позволяющее согласовать не только право, но также любые принципы права⁹. Это положение о согласовании права и норм права сохранено и в новом Регламенте Стокгольмского арбитража, действующем с 1 января 2007 г.

Арбитражный регламент Международной торговой палаты 1998 г. предусматривает в п. 1 ст. 17, что стороны свободны в достижении договоренности относительно норм права, которые должны применяться составом арбитража к су-

⁴ См.: Комментарий к ст. 1186 ГК РФ // В кн.: Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации / Под ред. А.Л. Маковского и Е.А. Суханова. М., 2002. С. 307.

⁵ См.: *Holtzmann H.M.* Application of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts Governed by the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration / The UNIDROIT Principles: a common law of contracts for the Americas? Acts/Inter-American Congress. Valencia (Venezuela) 6–9 Nov., 1996. Rome, 1998. P. 163–164.

⁶ См.: *Мосс Д.К.* Автономия воли в практике международного коммерческого арбитража. М., 1996. С. 47–50.

⁷ См.: *Foucharg, Gaillard E., Goldmana.* On International Commercial Arbitration / Ed. by E. Gaillard and J. Savage. The Hague, 1999. P. 802.

⁸ См.: *ibid.*

⁹ См.: *Franke U.* A New Arbitration Regime in Sweden // Stockholm arbitration Report. 1991. № 1. P. 19.

щество спора. Изменение в этой редакции Регламента термина “право” на “нормы права” комментировалось в литературе как изменение, которое позволило сторонам предусмотреть, что арбитры будут применять *lex mercatoria* или транснациональные принципы права к разрешению спора¹⁰.

Подтверждением единообразного специального понимания выражения “нормы права” в сфере регулирования международного коммерческого арбитража является и тот факт, что при обсуждении изменения Типового регламента ЮНСИТРАЛ предлагается изменить в ст. 33 (1) положение о том, что арбитражный суд применяет право, которое стороны согласовали как подлежащее применению при решении спора по существу, на положение о том, что стороны согласовывают “нормы права”, что соответствует широкой формулировке, предусмотренной в Типовом законе¹¹.

Анализируя включение в Регламент Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ (далее – МКАС при ТПП РФ) положения о применимом праве, полностью текстуально повторяющее ст. 28 Закона, А.С. Комаров отметил, что “под “нормами права”, которые стороны могут определять в качестве применимых к разрешению спора, понимаются не только правовые нормы, являющиеся составной частью какой-либо правовой системы. В соответствии с принятым в международной арбитражной практике пониманием этот термин включает в себя положения, содержащиеся в принятых на международном уровне нормативных документах, не являющихся формальным источником права в традиционном понимании. В частности, это могут быть положения еще не вступивших в силу международных конвенций или соглашений. Кроме того, источниками таких норм могут быть международные неформальные кодификации правовых принципов, являющихся не столько по форме, сколько по своему содержанию нормами права и призванными выполнять регулятивную функцию”¹².

Общепризнанность специального значения термина “нормы права”, его отличие от понятия “право” проявляются и в том, что в ряде регламентов предусмотрены два термина, которые не

являются тождественными, т.е. предусмотрено, что стороны могут согласовать право и “нормы права”. Таким примером может служить наряду с уже приведенным Регламентом Арбитражного института Стокгольмской торговой палаты Арбитражный регламент Американской арбитражной ассоциации (ААА) 1997 г., который в ст. 28(1) предусматривает, что арбитраж применяет материальное право или “нормы права”, определенные сторонами как применимые к спору. Такой же текст содержится в Регламенте Лондонского коммерческого арбитражного суда 1998 г., ст. 22.3 которого предусматривает, что арбитражный суд решает спор между сторонами в соответствии с правом или нормами права, которые выбраны сторонами как применимые к существу спора.

Несколько иная формулировка содержится в Регламенте по арбитражу и примирению Венского Международного арбитражного суда при Палате экономики Австрии – Венских правилах от 1 июля 2006 г., которые в п. 1 ст. 24 предусматривают, что арбитр (коллегия арбитров) разрешает спор в соответствии с нормами права или правилами, о которых стороны договорились. Данный регламент был пересмотрен в связи с реформой в 2006 г. австрийского арбитражного законодательства, в результате которой, в частности, в п. 1 § 603 ГПК Австрии была включено положение о том, что арбитражный суд разрешает спор в соответствии с “нормами права или правилами”, о которых стороны договорились. В комментарии к данному тексту говорится, что данное положение соответствует п. 1 ст. 28 Типового закона и дает сторонам право избрать применимое право по собственному усмотрению. При этом следует учесть, что “формулировка в соответствии с нормами права или правилами, о которых стороны договорились”, охватывает также нормы, которые не относятся к правовой системе какого-либо государства, например стороны могут согласовать принципы УНИДРУА¹³.

Однако независимо от разницы в формулировках, появившейся в регламентах, уже есть достаточно оснований считать, что в сфере международного коммерческого арбитража как в национальном законодательстве (не только основанном на Типовом законе), так и в регламентах “нормы права” получили специальное, более широкое значение, отличающееся от понятия “право”.

Какие же источники могут согласовать стороны, выбирая “нормы права”, которые наряду с

¹⁰ См.: *Greenblatt G.L., Griffin P.* Towards the Harmonization of International Arbitration Rules: Comparative Analysis of the Rules of ICC, FIF, LCIA and CIET // *Journal of International Arbitration*. 2001. № 17. P. 109.

¹¹ См.: *Sanders P.* Has the Moment come to reverse Arbitration Rules of UNCITRAL? // *Arbitration International*. 2004. № 10. P. 254.

¹² *Комаров А.С.* Роль МКАС в практике международного коммерческого арбитража в России // *Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ*. № 10. 2007. С. 15.

¹³ См.: *Хагер С.* Комментарий к новому австрийскому арбитражному законодательству. М., 2006. С. 55.

национальным правом, включают и ненациональные источники современного *lex mercatoria*¹⁴?

Среди таких вненациональных источников, правил, не имеющих национальности, в первую очередь в настоящее время могут быть названы принципы УНИДРУА, изначально применявшиеся в редакции 1994 г., а в настоящее время – в дополненном варианте в редакции 2004 г. и используемые как система норм договорного права, являющихся общими для национальных правовых систем и наиболее приспособленными для международных коммерческих сделок¹⁵. В июле 2007 г. принципы были одобрены Комиссией ООН о праве международной торговли (ЮНСИТРАЛ). В преамбуле принципов непосредственно предусмотрено, что они подлежат применению в случае, если стороны согласились, что их договор будет регулироваться этими принципами. В комментарии, сопровождающем принципы, отмечается возрастающая тенденция разрешать сторонам согласовывать “правовые нормы”, которые не являются нормами какого-либо национального права, в рамках которого арбитры должны согласовывать свое решение. При этом делается ссылка на п. 1 ст. 28 Типового закона ЮНСИТРАЛ 1985 г., а также на ст. 42 (1) Конвенции об урегулировании инвестиционных споров между государствами и субъектами других государств 1965 г. (Вашингтонской конвенции)¹⁶.

Примеры применения принципов по выбору сторон имеются в практике МКАС при ТПП РФ, но пока они весьма немногочисленны. Однако нельзя не отметить, что в современной практике МКАС немало примеров решений, в которых арбитры не признавали принципов УНИДРУА как норм права, подлежащих применению к рассмотрению спора по существу, ссылаясь на то, что их применение допустимо лишь по соглашению сторон.

В качестве одного из таких примеров можно привести решение по делу № 174-2003 по иску российской организации к фирме Венгрии от 12 ноября 2004 г. по спору из контракта международной купли-продажи, подчиненного сторонами

российскому праву. Состав арбитража счел, что спор подлежит рассмотрению на основе Венской конвенции и российского права, применимого как субсидиарный статут. Обращение ответчика в обоснование своих позиций также и к принципам УНИДРУА со ссылкой на то, что они могут быть применимы как признанный международный стандарт и приобретают все большее значение в качестве обычая, вызвало возражение со стороны истца в отношении их применения. МКАС, учитывая то, что между сторонами не было достигнуто соглашения о применении принципов УНИДРУА, пришел к выводу о неприменении данных принципов для разрешения спора¹⁷.

Другим подобным примером может служить решение МКАС при ТПП РФ по делу № 93/2006 по иску российской компании к компании, имеющей местонахождение в Швеции от 22 августа 2007 г., в котором МКАС установил, что к отношениям между сторонами подлежит применению Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. и субсидиарно применяется российское право. Учитывая, что в заключенном между сторонами контракте отсутствует соглашение сторон об использовании принципов УНИДРУА, руководствуясь п. 1 ст. 28 Закона и § 26 Регламента, состав арбитража счел, что принципы УНИДРУА не подлежат применению при рассмотрении данного спора по вопросам, урегулированным Конвенцией и национальным законодательством, и не признал обоснованными аргументы истца, сделанные со ссылкой на принципы¹⁸.

Хотя приведенные примеры и не являются иллюстрацией применения принципов к рассмотрению спора по выбору сторон, однако свидетельствуют о позиции арбитров, согласно которой в их применении отказано из-за отсутствия соглашения сторон, чем практически признается возможность их применения к существу спора при наличии такого соглашения сторон, что соответствует п. 1 ст. 28 Закона.

Следует отметить, что при толковании специального значения термина “нормы права” отмечались особенности его толкования и при выборе сторонами национального права, допускающие стабилизационную оговорку, расщепление применимого права.

¹⁴ О современном *lex mercatoria* см., в частности: *Комаров А.С.* Правовое регулирование внешнеэкономических операций и унификация права международной торговли // В кн.: *Внешняя торговля на рубеже веков.* М., 2001. С. 381–400; *Вилкова Н.Г.* Договорное право в международном обороте. М., 2002. С. 205–273; *Бахин С.В.* Субправо (Международные своды унифицированного контрактного права). СПб., 2002. С. 16–125.

¹⁵ См.: Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА / Пер. с англ. А.С. Комарова. М., 2006.

¹⁶ См.: там же. С. 4.

¹⁷ См.: Решение МКАС при ТПП РФ по делу № 174 / 2003 от 12 ноября 2004 г. // *Международный коммерческий арбитраж.* 2005. № 3. С. 121–143.

¹⁸ См.: Решение МКАС при ТПП РФ по делу № 93/2006 от 22 августа 2007 г. // *Международный коммерческий арбитраж.* 2008. № 1. С. 112–117.

Хотелось бы подчеркнуть, что, несмотря на то что на данный аспект значения “норм права” уделяется меньшее внимание, он может иметь не меньшее практическое значение, чем право выбирать ненациональные нормы. Именно этот подход открывает широкие возможности в разрешении вопроса о соотношении контракта и национального права, о соотношении типовых контрактов и национального права, что, однако, требует рассмотрения ряда дополнительных вопросов.

Таким образом, сторонам, подчинившим спор международному коммерческому арбитражу, предоставляется большая свобода при выборе источников, применимых к существу спора, чем при выборе применимого права при обращении в государственные суды, что основано на более широком, специальном толковании этого термина, которое оно получило в сфере регулирования международного коммерческого арбитража.

Эта свобода облегчает достижение выбора сторонами, обеспечивает возможность применения к существу спора норм права, специально созданных для регулирования отношений в сфере международного коммерческого оборота с учетом его особенностей и представляет одно из преимуществ рассмотрения спора международным коммерческим арбитражем.

Не затрагивая вопроса о том, насколько удачно придание общеизвестному и однозначно понимаемому термину “нормы права” в отдельной области регулирования специального значения (толкования), в настоящее время можно констатировать, что наполнение этого термина таким содержанием в сфере правового режима международного коммерческого арбитража на языке международного коммерческого арбитража получило достаточно широкое признание и распространение.

Несмотря на большую свободу выбора применимых “норм права”, стороны не всегда достигают соглашения о применимом праве. При отсутствии соглашения сторон применимое право определяют арбитры, что также характеризуется особенностями по сравнению с определением применимого права государственными судами.

В выборе применимого права арбитрами сохраняются различные методы, общим для которых является то, что арбитры обладают свободой от применения коллизионных норм страны местонахождения. Эти методы, которые мы рассмотрим далее, включают:

1) определение применимого права на основе коллизионных норм, которые арбитры сочтут применимыми;

2) определение применимого права на основе принципа тесной связи; 3) определение применимого права на основе прямого выбора.

1. Началом становления особого подхода к определению применимого права международным коммерческим арбитражем признается положение п. 1 ст. VII Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже 1961 г., который предусматривает, что, если не имеется указаний сторон о подлежащем применению праве, арбитры будут применять закон, установленный в соответствии с коллизионной нормой, которую арбитры сочтут в данном случае применимой.

Дальнейшему распространению и закреплению этого подхода, нередко именуемого в правовой доктрине формулой Конвенции 1961 г., способствовало включение формулы Конвенции в Типовой закон ЮНСИТРАЛ, который предусмотрел в п. 2 ст. 28, что третейский суд применяет право, определенное в соответствии с коллизионными нормами, которые он считает применимыми. Несмотря на то что эта статья введена в законодательства стран Типового закона, в настоящее время в международной арбитражной практике не сложилось единого подхода к определению применимых коллизионных норм. Суммируя арбитражную практику, зарубежные авторы выделяли различные подходы к определению применимых коллизионных норм, а именно:

применение коллизионных норм страны местонахождения арбитража;

кумулятивное применение коллизионных норм правовых систем, связанных с конкретным спором;

выявление общих принципов коллизионного регулирования. Рассмотрим каждый из этих методов¹⁹.

Полная свобода выбора коллизионных норм для определения применимого права не привела в практике международного коммерческого арбитража к исключению обращения к коллизионным нормам страны местонахождения арбитража, однако теперь арбитры стали выбирать эти коллизионные нормы не потому, что связаны их обязательным применением, а поскольку, пользуясь свободой выбора, посчитали их применимыми.

¹⁹ См.: *Ole L.* The Applicable to the Merits of the Dispute // *Arbitration International*. 1986. Vol. 2. № 2; *Blessing M.* Choice of Substantive Law in International Arbitration // *Journal of International Arbitration*. 1997. June. № 2; *Wortmann B.* Choice of Law by Arbitrators. The Applicable Conflict of Law System // *Arbitration International*. Vol. 14. № 2. 1998.

Применение коллизионных норм страны местонахождения арбитража не находит широкой поддержки в правовой доктрине. Критики этого подхода обычно указывают на то, что в данном случае арбитраж ошибочно уподобляется государственным судам, на то, что обычно выбор места проведения арбитража как сторонами, так и институтом не имеет ничего общего с коллизионными нормами страны, что коллизионные нормы местонахождения обычно не имеют связи со спором, что может привести к применению права, которое не ожидали стороны, например при рассмотрении спора в Германии по иску по спору между компанией Сирии и США²⁰.

Вместе с тем отмечается и преимущество этого подхода, которым являются большая предсказуемость и определенность выбора права арбитрами, однако только если стороны, а не арбитраж выбирают место слушания дела, что создает возможность учета воли сторон, поскольку, выбирая место арбитража, стороны, зная о таком подходе, могут косвенно выбрать и коллизионные нормы.

Примером преобладания подхода определения применимых норм на основании коллизионных норм страны местонахождения является практика МКАС при ТПП РФ. При этом нельзя не отметить, что арбитры МКАС при определении применимого права не связаны обязательным применением российских коллизионных норм, поскольку в РФ имеется надлежащая правовая основа для свободы выбора применимых коллизионных норм. РФ является правопреемником СССР в Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже 1961 г., в которой СССР участвовал с 1964 г. Таким образом, формула Конвенции 1961 г., предусматривающая эту свободу, давно входит в нашу правовую систему. Формула конвенции содержится и в п. 2 ст. 28 Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже», Положение, соответствующее п. 2 ст. 28 Закона, было включено и в п. 1 § 13 Регламента МКАС 1995 г. Новый Регламент МКАС при ТПП РФ, действующий с 1 марта 2006 г., в § 26 точно воспроизводит формулировку п. 1 и п. 2 ст. 28 Закона.

Свобода выбора применимых коллизионных норм международным коммерческим арбитражем признается российской правовой доктриной, в которой, однако, отмечается, что МКАС в своей практике в большинстве случаев признает применимыми российские коллизионные нормы, действовавшие в РФ на дату заключения кон-

тракта, из которого возник спор²¹. Приверженность этому подходу, хотя и выглядит несколько консервативно, имеет и положительные стороны. Эта практика может служить иллюстрацией признаваемого в зарубежной доктрине преимущества обращения к коллизионным нормам страны местонахождения при условии, что, зная о таком подходе, сами стороны (а не арбитраж) выбрали место арбитража. Этим обеспечивается большая предсказуемость в выборе применимого права арбитрами, дает возможность сторонам предвидеть порядок определения потенциально применимого права.

Следующий способ выбора применимых коллизионных норм – кумулятивное, одновременное применение коллизионных норм различных правовых систем, в первую очередь права стран, к которым принадлежат стороны. Для иллюстрации этого подхода удачен приведенный в литературе пример рассмотрения дела № 8451 по Регламенту Арбитражного суда МТП по спору между российским поставщиком (ответчиком) и испанским дистрибьютором (истцом), который инициировал арбитражное разбирательство в связи с тем, что ответчик не предпринял необходимых шагов, чтобы защитить его от параллельного импорта, и нарушил исключительную оговорку между сторонами. Согласно арбитражной оговорке спор был подчинен арбитражу по Регламенту МТП в Стокгольме, но стороны в акте о полномочиях достигли взаимного согласия о проведении арбитража в Женеве. При определении применимого права арбитры одновременно применили четыре коллизионные нормы – права стран истца и ответчика и права двух мест арбитража, хотя первоначальное место было изменено, обосновывая такой подход свободой, которая им предоставлялась ст. 13(3) Регламента МТП 1988 г. Предпринятый метод привел к применению права Испании как права

²¹См. об этом: *Розенберг М.Г.* Международный договор и иностранное право в практике Международного коммерческого арбитражного суда. М., 2001. С. 67–70; *Комаров А.С.* Разрешение внешнеэкономических споров международным арбитражем // В кн.: Правовое регулирование внешнеэкономической деятельности. М., 2001. С. 567; *Кабатов В.А.* Выбор применимого права // ЭЖ-Юрист. 2001. № 42; *Бардина М.П.* Определение применимого права в решениях МКАС при ТПП РФ // Третейский суд. 2005. № 4; *Вилкова Н.Г.* Роль МКАС при ТПП РФ в становлении и развитии современного коллизионного регулирования договорных отношений с иностранным элементом // В кн.: Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения. Сборник статей к 75-летию Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ. М., 2007.

²⁰См.: *Wortmann B.* Op. cit. P. 104.

страны, с которой контракт был наиболее тесно связан и где дистрибьютор был учрежден²².

При применении кумулятивного метода, вполне очевидно, требуется проведение сравнительно-правового анализа, что предопределяет не слишком частое обращение к нему на практике. Кроме того, кумулятивный подход к выбору применимых коллизионных норм, основываясь на совпадающих коллизионных нормах в связанных со спором коллизионных системах, возможен только при так называемом ложном конфликте (*false conflict*), когда имеется совпадающий подход в совместно применяемых коллизионных нормах различных правовых систем²³.

Метод, близкий к кумулятивному (который некоторые авторы включают в кумулятивный как его разновидность), основан на выделении общих принципов, свойственных праву большинства стран и международных договоров, в результате которого выявляется (создается) коллизионная норма международного характера. Как и при применении кумулятивного метода, в данном случае также необходим сравнительный анализ коллизионных норм, а выявление общей нормы возможно только при ложном конфликте между исследуемыми коллизионными нормами.

Благоприятные условия для этого метода создаются сходством регулирования в международных конвенциях в области коллизионного регулирования, общими тенденциями определения применимого права в национальном законодательстве.

Наряду с подходом, основанным на формуле Конвенции 1961 г. и ст. 28 Типового закона, в определении применимого права существует подход, основанный на принципе тесной связи. Например, согласно ст. 187 Закона “О международном частном праве” Швейцарии 1987 г. при отсутствии выбора применимого права сторонами арбитраж рассматривает спор в соответствии с нормами права, с которым спор наиболее тесно связан. Это положение швейцарского права было включено в несколько принятых арбитражных законов, включая ГПК Италии (ст. 834) от 5 января 1994 г., Мексиканский коммерческий кодекс (ст. 1445) от 22 июня 1993 г., ст. 1051(2) германского арбитражного закона 1998 г.; оно также содержится в Регламенте Германского арбитражного института (п. 23.2), вступившем в силу 1 июля 1998 г.²⁴

Принцип тесной связи предусмотрен и в швейцарском Регламенте международного арбитража от 1 января 2004 г. Такой способ определения применимого права обычно характеризуется как очень гибкий, не ограничивающий возможности арбитров учесть все важные аспекты рассматриваемого спора. Считается, что в большей степени отвечающим духу ст. 187 швейцарского закона является, например, решение № 6719 1994 г., в котором арбитры придали больший вес месту производства товаров, являющихся предметом контракта, отмечая, что оно совпадает с местом подписания контракта, и учитывая, что производство таких товаров находилось под строгим надзором властей этого государства²⁵.

Наибольшую свободу арбитрам предоставляет прямой метод, или метод прямого выбора (*voie directe*)²⁶. Его возникновение связывается с включением в ст. 1496 ГПК Франции (кн. IV “Арбитраж”) в 1981 г. положения о том, что при отсутствии выбора права сторонами арбитраж разрешает спор в соответствии с нормами права, которые считает подходящими. Эти положения позднее были прямо включены в законодательство Алжира – ст. 458 бис 14 ГПК 1993 г., Туниса – ст. 73 Арбитражного кодекса Туниса 1993 г., Ливана – ст. 813 ГПК 1983 г.²⁷

Метод прямого выбора предусмотрен в новом поколении регламентов крупнейших арбитражных центров. Именно с этим методом встретятся стороны, если арбитражная оговорка контракта предусматривает, например, рассмотрение спора Арбитражным институтом при ТПП Стокгольма, в Регламенте которого предусматривается, что при отсутствии соглашения сторон состав арбитража применяет закон или правовые нормы, которые он считает подходящими. Аналогичные положения, предусматривающие прямой метод, содержатся в арбитражном Регламенте Международного арбитражного суда МТП 1998 г. (п. 1 ст. 17), Регламенте Лондонского коммерческого арбитражного суда (п. 3 ст. 22) и др.

Раскрывая смысл этого метода, М. Блессинг пишет, что он состоит в том, что арбитры пользуются полной свободой при определении применимого права: выбрав коллизионные нормы или, исходя из принципа тесной связи (поиска центра

²² См.: *Quyен C., Truong C.* The Law Applicable to the Merits in International Distribution Contracts: An Analysis of ICC Arbitral Awards // ICC International Court of Arbitration Bulletin. Vol. 12. Spring, 2001. № 1. P. 44.

²³ См.: *Wortmann B.* Op. cit. P. 109.

²⁴ См.: *Fouchard L.* Op. cit. P. 869.

²⁵ См.: *ibid.* P. 870.

²⁶ См.: *Кабатова Е.В.* Прямой выбор применимого права в международном коммерческом арбитраже // Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения. Сборник статей к 75-летию Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ.

²⁷ См.: *Fouchard G.* Op. cit. P. 867.

тяжести или наиболее характерного исполнения) или избегая вообще применения этих инструментов, применяют просто прямой выбор²⁸.

Рассмотрением методов выбора применимого права не исчерпывается вопрос об определении применимого права арбитрами международного коммерческого арбитража. Как отмечалось в начале статьи, стороны контракта, обращаясь в международный коммерческий арбитраж, свободны в выборе не только национального права, но и “норм права” в широком понимании – внешненациональных норм права.

Обращаясь к законодательству и положениям регламентов, можно встретить два различных подхода к вопросу предоставления такого права арбитрам.

В п. 2 ст. 28 Типового закона ЮНСИТРАЛ “О международном торговом арбитраже” (и национальном законодательстве, принятом на основе Типового закона) говорится о применении арбитражем в соответствии с коллизионными нормами, которые он сочтет применимыми, права, а не “норм права”. Как отмечает Х.М. Хольцман, возвращаясь к истории создания Типового закона 1985 г., ограничение усмотрения арбитров при выборе применимого права активно обсуждалось при создании Закона. При этом делегаты решили, что требование к арбитрам разрешать дело на основе права, поскольку им не было дано сторонами права применять “нормы права”, обеспечит большую предсказуемость и определенность. Основываясь на сказанном, Х.М. Хольцман делает вывод о том, что в странах, законодательство которых основано на Типовом законе, арбитры не имеют права выбрать принципы УНИДРУА как основу для арбитражного решения, если их на это не уполномочили стороны²⁹.

М. Блессинг отмечает, что при разработке Типового закона не удалось достичь консенсуса о включении в п. 2 ст. 28 термина “нормы права”, а не “право”. Таким образом, арбитры согласно Типовому закону получили меньше полномочий по сравнению с самими сторонами³⁰.

Вместе с тем одновременно с таким подходом Типового закона в законодательстве ряда стран и в регламентах ряда международных арбитражей арбитрам предоставлены более широкие полномочия решать спор по существу по своему выбору на основе “норм права”. Например, в ст. 1496 ГПК Франции (кн. IV «Арбитраж») 1981 г. предусмотрено, что в отсутствие выбора сторон спор разрешается в соответствии с “нормами права”, которые арбитраж считает применимыми. Согласно ст. 187 Федерального закона Швейцарии о международном частном праве 1987 г. арбитраж выносит решение на основании правовых норм, с которыми спор имеет наиболее тесную связь. Аналогичные положения содержатся, например, в ст. 17 (1) арбитражного Регламента МТП 1998 г., согласно которому при отсутствии соглашения сторон о применимом праве к существу спора арбитры применяют “нормы права”, которые они сочтут подходящими, а также в п. 1 ст. 33 Регламента международного арбитража швейцарских торговых палат 2004 г., в ст. 24 Регламента Арбитражного института Стокгольмской торговой палаты 2007 г. и др.

Основываясь на изложенном, можно сделать вывод о том, что особенности определения применимого права международным коммерческим арбитражем касаются как определения применимых норм права сторонами, которым должен следовать арбитраж, так и определения применимого права арбитражем. В силу этих особенностей сторонам (как в странах Типового закона, так и вне этого круга стран) предоставляется свобода в выборе “норм права”, включающих (на языке международного коммерческого арбитража) не только национальное право, но и нормы транснационального регулирования, а арбитрам предоставляется свобода при определении применимого права, которая в странах Типового закона, как правило, заключается в свободе выбора коллизионных норм (различными способами), в ряде других стран – в определении применимого права на основе принципа тесной связи и как проявление наибольшей свободы – в определении применимого права на основе прямого выбора, при этом не только национального права, но и “норм права” в широком понимании.

Эти особенности определения применимого права вполне очевидно дополняют преимущества рассмотрения споров международным коммерческим арбитражем, обеспечивая не только самую гибкую систему согласования сторонами и определения арбитрами применимого права, но и возможность применения тех правил, которые

²⁸ См.: *Blessing M.* Choice of Substantive Law in International Arbitration // *Journal of International Arbitration*. Vol. 14. 1997. June. № 2. P. 55.

²⁹ См.: *Holtzmann H.M.* Application of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts Governed by the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration // *The UNIDROIT Principles: A Common Law of Contracts for the America?*

³⁰ См.: *Blessing M.* Introduction to arbitration – Swiss and International Perspectives. Basel, 1999. Part II. P. 226.

созданы специально для регулирования международного коммерческого оборота.

Рассмотренные особенности определения применимого права являются проявлением тенденции денационализации арбитража, его освобождения от национальных норм международного частного права в отношении как автономии воли сторон при определении применимых норм права, так и применения арбитрами коллизионного

метода. Эта тенденция в большей степени отвечает стремлению участников международного рынка рассматривать спор в международном коммерческом арбитраже как в нейтральном органе, не имеющем национальной принадлежности, что ставит стороны в равные условия при защите своих интересов, поскольку ни одна из них не будет иметь преимуществ, связанных с рассмотрением спора в хорошо ей известной и привычной для нее правовой системе.