

КАЧУРІНЕР В. Л.,кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри міжнародного права
та порівняльного правознавства
(Міжнародний гуманітарний
університет)

УДК 341.6

DOI <https://doi.org/10.32842/2078-3736/2024.1.2.31>**ЧИ ПОВИНЕН АРБІТР БУТИ ЕКСПЕРТОМ З МАТЕРІАЛЬНОГО ПРАВА
ОБРАННОГО СТОРОНАМИ ДО СУТІ СПОРУ?**

Стаття порушує проблему встановлення змісту вже обраного сторонами матеріального права до суті спору та характеризує роль арбітра у такому визначенні. Ефективне ведення справ у міжкультурному середовищі вимагає прозорості та передбачуваності. Трибунал має повноваження, але не зобов'язаний, проводити власні розслідування для встановлення такого змісту. Якщо зміст застосованого права не встановлено, арбітражний суд має право застосовувати будь-які норми права, які він вважає доцільними. Знання застосованого законодавства може, однак, відігравати більш важливу роль, коли результат стосується специфічної технічної юридичної проблеми. У такому випадку може бути доцільним надати юридичні докази, навіть якщо арбітри знають спірну правову систему, за умови, що вони надані кимось, чий авторитет вони, ймовірно, визнають. Нарешті, якщо у сторін є сумніви щодо очікувань арбітра щодо доказів матеріального права та виходячи з того, якщо сторони можуть мати різне розуміння необхідності доводити право, найкраще порушити їх на першому процесуальному слуханні. У міжнародному комерційному арбітражі кваліфікація та досвід арбітрів можуть відрізнятися залежно від правил і процедур арбітражної установи або угоди сторін. Хоча, загалом, бажано, щоб арбітри володіли знаннями та досвідом матеріального права, обраного сторонами, це не завжди сувора вимога. Арбітри зазвичай обираються на основі їх досвіду та знань у сфері міжнародного комерційного арбітражу. Очікується, що вони добре розумітимуть арбітражний процес і принципи справедливості та неупередженості. Однак, конкретна експертиза в обраному матеріальному праві не завжди може бути необхідною умовою. У деяких випадках сторони можуть призначити арбітрів, які мають досвід у певних галузях права, що стосуються спору. Наприклад, якщо спір стосується складних питань інтелектуальної власності, сторони можуть вибрати арбітрів, які мають досвід роботи в галузі права інтелектуальної власності. Це може допомогти переконатися, що арбітри усвідомлюють пов'язані з цим юридичні питання та можуть приймати обґрунтовані рішення. Зрештою, кваліфікація та досвід арбітрів визначаються самими сторонами або арбітражною установою. Важливо, щоб сторони врахували конкретні вимоги свого спору та вибрали арбітрів, які найкраще підходять для вирішення відповідних юридичних питань.

Ключові слова: матеріальне право, арбітр, докази, зміст матеріального права, господарський арбітраж.



Kachuriner V. L. Should the arbitrator be an expert on substantive law chosen by the parties to the merits of the dispute?

This article raises the problem of establishing the content of the substantive law already chosen by the parties to the merits of the dispute and characterizes the role of the arbitrator in such determination. Effective business management in a cross-cultural environment requires transparency and predictability. The tribunal has the power, but not the obligation, to conduct its own investigations to determine such content. If the content of the applicable law is not established, the arbitral tribunal has the right to apply any rules of law it deems appropriate. Knowledge of the applicable law may, however, play a more important role when the outcome involves a highly technical legal issue. In such a case, it may be appropriate to provide legal evidence, even if the arbitrators are familiar with the legal system at issue, provided that it is provided by someone whose authority they are likely to recognize. Finally, if the parties have doubts about the arbitrator's expectations of substantive law proof, and if the parties may have different understandings of the need to prove the law, it is best to raise them at the first procedural hearing. In international commercial arbitration, the qualifications and expertise of the arbitrators can vary depending on the rules and procedures of the arbitration institution or the agreement of the parties. While it is generally preferred that the arbitrators have knowledge and expertise in the substantive law chosen by the parties, it is not always a strict requirement. Arbitrators are typically selected based on their experience and expertise in the field of international commercial arbitration. They are expected to have a solid understanding of the arbitration process and the principles of fairness and impartiality. However, the specific expertise in the chosen substantive law may not always be a prerequisite. In some cases, the parties may choose to appoint arbitrators with expertise in specific areas of law relevant to the dispute. For example, if the dispute involves complex intellectual property issues, the parties may opt for arbitrators with expertise in intellectual property law. This can help ensure that the arbitrators have a deep understanding of the legal issues involved and can make informed decisions. Ultimately, the qualifications and expertise of the arbitrators are determined by the parties themselves or the arbitration institution. It is important for the parties to consider the specific requirements of their dispute and select arbitrators who are best suited to handle the legal issues involved.

Key words: *material law, arbitrator, evidence, content of the substantive law, commercial arbitration.*

Вступ. Сторони комерційного арбітражу, як правило, мають свободу вибору права, яке регулюватиме суть їхнього спору. Це часто називають положенням про вибір права або положенням про регулююче право [2]. Це дозволяє сторонам вибрати правову базу, яка буде застосовуватися арбітрами при вирішенні питань по суті справи. Вибір права може мати значні наслідки для результату спору, оскільки різні правові системи можуть мати різні норми та принципи, які регулюють права та обов'язки сторін.

Постановка проблеми. Дана стаття не про закон, який регулює арбітражну процедуру чи арбітражну угоду, і не про те, яке матеріальне право застосовується. Ми припускаємо, що цей вибір був зроблений сторонами або арбітрами. Зробивши цей вибір, увага зосереджується на тому, як визначити та встановити зміст обраного закону.

Вклад основного матеріалу. За останні кілька десятиліть ми стали свідками потужної хвилі гармонізації арбітражного законодавства у світі, "глобалізації арбітражу", якщо хочете. Цей рух розпочався з Нью-Йоркської конвенції [15], продовжився з Арбітражного регламенту ЮНСІТРАЛ [13], Типовий закон ЮНСІТРАЛ [14], Північноамериканська угода про вільну торгівлю (НАФТА) [9], Договір до Енергетичної Хартії [11], інституційні правила та багато національних законів, за одним винятком, яким є Федеральний закон США про арбітраж [16].



Судді в міжнародному комерційному арбітражі, особливо у справах, що стосуються різних правових систем, можуть не мати глибоких знань про всі закони кожної держави світу. У таких випадках арбітри або судді часто покладаються на певні механізми для вирішення цієї проблеми:

1. Юридичні експерти: у складних справах, що стосуються іноземних законів, суддя або арбітр може звернутися за допомогою до юридичних експертів або консультантів, які спеціалізуються на відповідній правовій системі. Ці експерти можуть надати інформацію та вказівки щодо застосування іноземних законів, забезпечуючи справедливий та обґрунтований процес прийняття рішень.

2. Юридичні дослідження: судді та арбітри мають доступ до інструментів і ресурсів правових досліджень, які дозволяють їм проводити ретельне дослідження іноземних законів. Вони можуть посилалися на юридичні бази даних, наукові публікації, прецедентне право та інші надійні джерела, щоб зрозуміти відповідні правові принципи та прецеденти.

3. Підтримка сторін: сторони, які беруть участь в арбітражі, також можуть зіграти певну роль у наданні відповідної інформації та правових аргументів на основі обраного права. Вони можуть представити своє розуміння застосовного законодавства та подати підтверджувальну документацію, щоб допомогти судді чи арбітру. Наприклад, сторони можуть подати деякі юридичні документи, законодавчі положення та коментарі щодо тлумачення договору і цього буде достатньо, оскільки рішення залежить від фактів і тлумачення контракту.

Важливо зазначити, що від суддів і арбітрів очікується неупередженість і справедливість підходу до справ, незалежно від їх знайомства з конкретною правовою системою. Вони несуть відповідальність за забезпечення дотримання прав сторін і вирішення спору відповідно до застосовного права, обраного сторонами.

Багато практикуючих арбітражів підходять до статусу закону, який регулює суть справи, посилаючись на правила, що застосовуються в судах їхніх країн. На думку автора такий підхід не має сенсу. Ситуація в національних судах і в міжнародному арбітражі дуже відрізняються. Національні суди мають *lex fori*, і будь-який інший закон є іноземним. Арбітражні суди не мають *lex fori*, отже, сама концепція іноземного права є недоречною. Простіше кажучи, є дві основні теорії.

Деякі юрисдикції розглядають іноземне право як факт, який має бути доведений сторонами [17]. Якщо це не доведено, то замість нього застосовується *lex fori*. Найкращим прикладом такого підходу є англійське законодавство, де зміст іноземного права зазвичай встановлюється свідками-експертами, а суд обирає, яким експертним доказам він надає перевагу [10; 3; 8]. На відміну від багатьох юрисдикцій цивільного права, французьке право поділяє цей підхід [7]. На думку автора такий підхід не позбавлений ризиків, адже може порушитися баланс між сторонами, у випадку якщо право *lex fori* обране арбітром є національним правом однієї зі сторін, то, тоді може скластися ситуація у якій одна із сторін отримає надмірний захист (справа *Troim Miller Inc. v Facebook Ireland limited*) [12].

Тепер, давайте розглянемо іншу ситуацію у якій арбітражний суддя є спеціалістом з обраного матеріального права сторонами та помічає і розуміє, що адвокат однієї зі сторін міг би робити краще свою роботу. У такому випадку постає питання чи може суддя допомагати чи якимось чином спрямовувати адвоката, робити йому підказки? Як зазначає суддя ККС ВС Аркадій Бущенко у статті “Низький рівень фаховості сторін впливає на якість захисту судьями прав людей” зазначає, що: “Через погану роботу адвоката я не можу якісно виконувати функцію захисту як суддя, оскільки переді мною не ставляться питання. Хоча я бачу, які питання мали б ставитися, але ж не можу бути упередженим і робити підказки адвокату! [2]. Тобто, результатом втручання судді стане порушення змагальності сторін. Так от у ст. 36 (1) Регламенту міжнародного комерційного арбітражного суду при ТППУ вказується, що “Арбітражний розгляд здійснюється на засадах диспозитивності, змагальності та рівності сторін. До сторін має бути рівне ставлення, і кожній стороні мають бути надані усі можливості для викладення своєї позиції”. Можливий вихід з даної ситуації демонструє



англійське право, де зміст іноземного права зазвичай встановлюється свідками-експертами, а суд обирає, яким експертним доказам він віддає перевагу [6; 5]. Трибунал має вирішувати всі процесуальні та доказові питання, з урахуванням права сторін узгодити будь-яке питання. Іноді вони сперечаються з законом і просто подають документи на підтримку. Іноді вони додають юридичні висновки, а іноді також пропонують усні свідчення експерта.

Арбітражний трибунал може не мати надійного доступу до необхідних юридичних матеріалів, якщо тільки обраний арбітр не є професіоналом у даній системі права. У такому випадку, арбітражний суд міг би призначити експертом місцевого юриста. Наразі не існує чітко встановленої арбітражної практики.

На думку автора вихід з даної ситуації можливий його можна знайти у законодавстві США, зокрема правило 44.1 Федеральних правил цивільного судочинства (Federal Rules of Civil Procedure – FRCP). Як наслідок, правило 44.1 забезпечує збалансоване рішення: сторона, яка має намір порушити питання, що стосується законодавства іноземної країни, повинна повідомити про це шляхом звернення до суду або іншого розумного письмового повідомлення. Суд, визначаючи іноземне законодавство, може розглянути будь-який відповідний матеріал або джерело, включаючи свідчення, незалежно від того, подано стороною чи ні, або прийнятно згідно з Федеральними правилами доказування. Рішення суду розглядається як постанова з питання права [4]. Іншими словами, іноземне право є правом, і суд має широкі повноваження проводити власне дослідження, але не зобов'язаний це робити. Зміст правила 44.1 може стати корисним керівництвом для арбітражної практики. А також, стаття 4511(b) New York Laws CVP (Цивільне право та правила) 2022: “кожен суд може взяти до відома без запиту... закони іноземних країн”. Крім того, згідно з правилом 4511(c), “незалежно від того, чи розглядається справа в судовому порядку, чи збираються докази, кожне питання, зазначене в цьому розділі, вирішується суддею або арбітром та включається до його висновків або доручається журі. Такі висновки або звинувачення підлягають перегляду в апеляції як висновки або звинувачення, що стосуються права”. Нарешті, Правило 4511(d) передбачає, що “під час розгляду того, чи питання права має бути прийнято до відома суду, і при визначенні питання права, яке має бути прийнято до відома, суд може розглянути будь-яке свідчення, документ, інформацію чи аргумент на цю тему, незалежно від того, запропоновано стороною чи виявлено в результаті її власного дослідження. Незалежно від того, чи було прийнято судове повідомлення, друкована копія статуту чи іншого письмового закону або прокламації, указу чи розпорядження виконавчої влади міститься в книзі чи публікації, яка нібито була опублікована урядом або загально визнана як доказ чинного закону в судових трибуналах юрисдикції, де він є чинним, є очевидним доказом такого закону, а неписане або загальне право юрисдикції може бути підтверджено свідками або друкованими звітами про справи судів юрисдикції”.

І на останок, вчений Хенд писав у 1901 році, що “ніхто не буде заперечувати, що закон повинен певним чином ефективно використовувати експертні знання, де б це не допомагало врегулювати суперечки, єдине питання полягає лише в тому, як це можна зробити найкраще”. Понад століття потому це питання все ще залишається відкритим, а міжнародне право продовжує розвиватися, щоб більш ефективно використовувати експертні свідчення. Це питання також стає все складнішим з кожним днем, оскільки людська діяльність, суперечки, які виникають у зв'язку з цією діяльністю, і міжнародні угоди, які встановлюють правила для розгляду цих суперечок, також зростають у масштабі та своїй власній складності.

Висновки. Справді, ефективне ведення справ у міжкультурному середовищі вимагає прозорості та передбачуваності. Трибунал має повноваження, але не зобов'язаний, проводити власні розслідування для встановлення такого вмісту. Якщо зміст застосовного права не встановлено, арбітражний суд має право застосовувати будь-які норми права, які він вважає доцільними. Знання застосовного законодавства може, однак, відігравати більш важливу роль, коли результат стосується дуже технічної юридичної проблеми. Крім того, якщо ніхто з трибуналу або, можливо, лише співарбітри, крім голови, не мають досвіду в застосовному законодавстві, часто буде доцільно надати юридичні докази. Але не слід подавати



юридичний висновок до арбітражу, голова якого походить з країни, в якій він або вона очікує мати контроль над законом і є авторитетом у цій галузі. Якщо ж доказів закону інколи недостатньо, а справа порушує дуже технічне питання права, яке не вирішено, може бути доцільним надати юридичні докази, навіть якщо арбітри знають спірну правову систему, за умови, що вони надані кимось, чий авторитет вони, ймовірно, визнають. Нарешті, якщо у вас є сумніви щодо очікувань арбітра щодо доказів матеріального права та виходячи з того, якщо сторони можуть мати різне розуміння необхідності доводити право, найкраще порушити їх на першому процесуальному слуханні.

Список використаних джерел:

1. Бущенко А. Низький рівень фаховості сторін впливає на якість захисту суддями прав людей. URL: /1040473/
2. Кабрера Ю. Вибір застосовуваного матеріального права сторонами до суті спору. URL: <https://kelmczasopisma.com/viewpdf/1039>
3. Cross-Examination of Experts David Roney Sidley Austin LLP. 18 August 2023. URL: <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-advocacy/sixth-edition/article/cross-examination-of-experts>
4. Federal Rules of Civil Procedure. URL: <https://www.dccourts.gov/sites/default/files/2017-05/Civil%20Rule%2044.1.%20Determining%20Foreign%20Law.pdf>
5. FS Cairo (Nile Plaza) LLC v Lady Brownlie UKSC 45. 2021. URL: <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2020-0164.html>
6. Hoyle M. Pleading and proving foreign law in the English courts. Barrister, One Essex Court Opens in a new window https://www.oelaw.co.uk/images/uploads/documents/Pleading_w-036-2170_2.pdf
7. Laure A Burrus. Circulation of the international arbitration clause: French and Swiss cases. URL: https://www.academia.edu/33427131/Circulation_of_the_international_arbitration_clause_French_and_Swiss_cases
8. Matthew W. Reliability of Expert Evidence in International Disputes. Michigan Journal of International Law. Volume 38, Issue 2. 2017. Swinehart United States Department of the Treasury. URL: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1489>
9. North American Free Trade Agreement (NAFTA). URL: <https://www.trade.gov/north-american-free-trade-agreement-nafta>
10. Pleading and proving foreign law in the English courts by Matthew Hoyle, Barrister, One Essex Court Opens in a new window. URL:
11. The Energy Charter Treaty. URL: <https://www.energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>
12. Troim Miller Inc. v Facebook Ireland limited. URL: <https://perma.cc/9ESS-XWWY>
13. UNCITRAL Arbitration Rules URL: <https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/contractualtexts/arbitration>
14. UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006. URL: https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration
15. United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. New York. 10 June 1958. URL: <https://www.newyorkconvention.org/english>
16. US Federal Arbitration Act. URL: <http://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/prelim@title9&edition=prelim>
17. ״בן חמו 5860/16 Inc Facebook ״בן חמו 31.5.2018). URL: https://www.law.co.il/media/computer-law/ben_hemo2.pdf

