

Iura novit arbiter საერთაშორისო დავებში: როგორ ავიცილოთ თავიდან განუჭვრეტადი სამართლებრივი დასკვნები

აბსტრაქტი

თუ ოდესმე გლობალიზებული სამყარო არსებობდა, იგი, სწორედ, ჩვენს თვალწინ არის! ამ მეტად ურთიერთდამოკიდებულ და დაჩქარებულ სამყაროში, კომპანიებისა და ბიზნესმენების მთავარი მიზანი საკუთარი საქმიანობის გაგრძელებაა.

ასეთ კონტექსტში, სადაც „ბიზნესი ჩვეულებისამებრ“ მმართველ პოზიციაშია, არბიტრაჟი დავის მოგვარების სულ უფრო და უფრო ნაკლებად ტრადიციულ გზად, ხოლო შემდეგ კი - იდეალურ კომფორტულ ნეიტრალურ ოთახად ისახება მოთამაშეებისათვის სხვადასხვა ქვეყნებიდან და განსხვავებული წარსულით.

მიუხედავად ამისა, მისი მიმზიდველი კერძო ხასიათის პროცესი უნდა შეერწყას სამართლებრივ ფუნქციებს, რომლებიც არბიტრებმა უნდა განახორციელონ ნებისმიერ შემთხვევაში.

ბალანსი ამ ორ ფაქტორს შორის (კერძოდ, საარბიტრაჟო პროცესის არსებითად კერძო ხასიათი და არბიტრების იურისდიქციული როლი) გამოიწვევს მხარეთა მიერ გაკეთებული არჩევანის პოზიტიურ თუ ნეგატიურ შედეგებს.

ამ მიზეზების გამო, მათ უნდა გამოიმუშაონ ყველა აუცილებელი უნარი იმისთვის, რომ იურისტების ძვირი მხარდაჭერით, შექმნან ღირებული პროდუქტი.

ეს მოკლე ნაშრომი მიზნად ისახავს გამოყოს *iura novit curia*-ს პრინციპის მნიშვნელობა თანამედროვე საერთაშორისო არბიტრაჟში, რადგანაც გამოსაყენებელი სამართლის არჩევა, ასევე მისი შინაარსის დადგენა, არის ორი ყველაზე რთული ამოცანა არბიტრთათვის, რათა გასწიონ დამაკმაყოფილებელი მომსახურება.

I. შესავალი

Iura novit curia პრინციპი სიტყვა-სიტყვით ნიშნავს „მოსამართლემ იცის სამართალი“.²

რა თქმა უნდა, ეს კონცეფცია განვითარდა სხვა და უფრო ძველი წესიდან, რომლის მიხედვითაც მოსამართლემ *ex officio* უნდა გამოიყენოს კანონი: *da mihi facta dabo tibi ius*.³

quinobis მიხედვით, გამონათქვამი *iura novit curia* შემთხვევით ჩაისახა გალიაში, როდესაც მოსამართლე დაიღალა ადვოკატთა ხანგრძლივი იურიდიული დისკუსიით და წამოიძახა: *"venite ad factum, curia novit ius!"*.⁴

თანამედროვე პროცესუალურ კონტექსტში, გამოთქმა *iura novit curia* საყოველთაოდ აღიარებულია *lex fori*-სთან მიმართებით.

¹ სამოქალაქო სამართლის იურისტი იტალიაში. იგი მუშაობდა ევროპულ კომისიისა და რამდენიმე ამერიკული, ევროპული და აფრიკული არასამთავრობო ორგანიზაციის იურიდიული მრჩევლად. იგი სწავლობდა სამართალს პავიას უნივერსიტეტში და მიიღო მაგისტრის ხარისხი საერთაშორისო თანამშრომლობაში საერთაშორისო პოლიტიკური კვლევების ინსტიტუტში (ISPI), მილანში.

² როგორც ამას ქვემოთ დავინახავთ, „ამ ფორმულას დიდი აზრი აქვს, როდესაც იგი ეხება შიდა კანონმდებლობას. ეს შეიძლება ნაკლებად იყოს აშკარა, როდესაც ფორმულა ეხება უცხოურ სამართალს. ეს ძალიან მგრძობიარე საკითხია საერთაშორისო არბიტრისთვის, რომელსაც *lex fori* არ გააჩნია“; *Rubino Sammartano, M., International Arbitration Law and Practice, third edition, 2014, 684.*

³ რაც შეიძლება პერფერაზირდეს, როგორც „მომეცი ფაქტები [მომთხოვე (ლიტ. თარგმანი)] და მოგცემ სამართალს“, ავტორის თარგმანით.

⁴ *Melendo, S. S., El Juez y el Derecho, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1957.* მიუხედავად ამის, ეს ავტორი იძლევა გაფრთხილებას მოსამართლეზე, რომელიც ადვოკატებს აწყვეტინებს: ეს შეიძლება ფანტაზიის გარდა არაფერი იყოს, რადგან იურიდიული პრინციპები არ დაბადებულა წამში, არამედ ისინი წელი გააზრების შედეგია.

იურისტ-მეცნიერთა მიხედვით,⁵ დღესდღეობით, მოსამართლე უნდა იყოს ერუდირებული, რადგან მისი მოვალეობა, იცოდეს კანონი და ეს განუყოფელია დავის გადაწყვეტის ფუნქციისაგან.

დისკუსიის თემა აუცილებლად გადაინაცვლებს *novisse-noscere* ღერძზე, კერძოდ კი, კითხვაზე - უნდა იცოდეს თუ არა მოსამართლემ ყოველთვის კანონი ან შედის თუ არა მის მოვალეობაში ამ ცოდნის მიღება?

ეფექტიან კანონ-გამოყენებით პრაქტიკაში ეს კითხვა ჩნდება ყოველ ჯერზე, როდესაც მოსამართლე აღმოაჩენს, რომ საქმე აქვს მისთვის უცნობ ნორმათა ერთობლიობასთან - ეს არცთუ იშვიათი შემთხვევაა.

ამ დროს სამართლის განმმართველმა, ისტორიკოსის მსგავსად, უნდა გამოიყენოს ყველა ხელმისაწვდომი საშუალება კანონის შინაარსის დასადგენად.⁶

რა თქმა უნდა, ყველა სამართლის სისტემა თავისებურად აწესრიგებს მოსამართლის მიერ დავის გადაწყვეტ იმ წესთა ერთობლიობის თაობაზე ცოდნის შეძენის საშუალებებს.

მიუხედავად ამისა, შიდა კანონმდებლობის მიმართ *iura novit curia*-ს მივყავართ დასკვნამდე, რომ მოსამართლე თავისუფალია და უნდა შეეცადოს კანონის შინაარსის დადგენას, მაშინაც კი, თუ მას არ გააჩნია დავის გადასაწყვეტად საჭირო შესაბამისი წესების კონკრეტული შემეცნება.

II. სამოქალაქო (ცივილური) სამართალი და საერთო სამართალი: ორი განსხვავებული მიდგომა უცხოური სამართლის მიმართ

სიტუაცია მეტად ჰეტეროგენურია, თუ დავა მოიცავს სხვა სამართლებრივ სისტემასთან დამაკავშირებელი რაიმე ფაქტორს და, ე.წ. საკოლიზიო სამართლის წესების გამო, ვიღებთ უცხოური კანონმდებლობის გამოყენების აუცილებლობას.⁷

მართლაც, იმის გამო, რომ სამართლებრივი სისტემები, რომლებიც, ტრადიციულად, განსხვავებულ მიდგომებს იყენებენ, მაგალითად, სამოქალაქო სამართლისა და საერთო სამართლის ქვეყნები, როგორც წესი, სხვადასხვაგვარად პასუხობენ კითხვებზე, შეუძლია მოსამართლეს ან ვალდებული არის თუ არა იგი, განსაზღვროს შინაარსი და *ex officio* გამოიყენოს უცხოური სამართალი.

სამოქალაქო სამართლის სისტემის მიხედვით, სასამართლოებს გააჩნია უფლებამოსილება, განსაზღვრონ უცხო ქვეყნის წესთა ერთობლიობის შინაარსი და გამოიყენონ იგი *motu proprio*, მიუხედავად მხარეთა ინიციატივისა; საერთო სამართლის ტრადიციის ფარგლებში კი, საჭიროა მხარეთა მიერ პირველი ნაბიჯის გადადგმა და, ამდენად, მათ მოუწევთ, აგრეთვე, უცხოური სამართლის შინაარსის თაობაზე მტკიცებულებათა წარდგენა, ზუსტად ისევე, როგორც უნდა ამტკიცონ ფაქტი.

სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, სამოქალაქო სამართლის ტრადიციით მიიჩნევა, რომ საკოლიზიო სამართლის წესები, რომლებიც მიუთითებს უცხო ქვეყნის რეგულაციებზე, შესაძლებელია, ინტეგრირებულ იქნას ადგილობრივი სამართლის სისტემაში; ამის ნაცვლად, მეორე მხრივ, საერთო სამართლის ტრადიციით, უცხოური სამართლის იდენტიფიცირება განიხილება როგორც უბრალოდ *quaestio facti*.⁸

⁵ Franchi, G., La Perizia Civile, Padova, 1959, 107.

⁶ Calamandrei, P., Il giudice e lo storico, Studi sul processo civile, 33. ამ ავტორის მიხედვით, *iura novit curia* პრინციპი არა მარტო იმას ნიშნავს, რომ მოსამართლე, როგორც საჯარო მოხელე, ვალდებულია, იცოდეს კანონი, მაშინაც კი, თუ მხარეები არ აქცევენ მას ყურადღებას ან არასწორად აღიქვამენ, არამედ ისიც, რომ მას აქვს, ნებისმიერი მოქალაქის მსგავსად, სამართალწარმოების ფარგლებს მიღმა კი, უფლებამოსილება გამოიყენოს კვლევის ყველა საშუალება, რომელსაც მეცნიერმა შეიძლება, მიმართოს მოქმედი კანონის თაობაზე ცოდნის მისაღებად.

⁷ Wiśniewski, C., Zielińska, A., Who should Know the Law: The Arbitrators or the Parties? Kluwer Arbitration Blog, 3 October 2016.

⁸ Mosconi, F., Campiglio, C., Diritto Internazionale Privato, 2006, Utet Giuridica, 173.

მართლაც, მოკლე შედარებითი ანალიზის მეშვეობით, ადვილად დგინდება, რომ მაგალითად, გერმანიაში, როგორც სამართლებრივ ლიტერატურაში, ისე პრეცედენტულ სამართალში თანხმდებიან უცხოური სამართლის მიჩნევაზე *quaestio iuris*-ად: გერმანიის სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 293-ე მუხლი⁹ გულისხმობს *iura novit curia*-ს პრინციპის სრულ გამოყენებას და, შესაბამისად, სასამართლოს ვალდებულებას, დაადგინოს უცხოური სამართლის შინაარსი *sua sponte*.

გამოსაყენებელი უცხოური სამართლის „მოქმედ სამართლად“¹⁰ შეფასების მიზნისათვის, გერმანიის [სამოქალაქო საპროცესო] კოდექსის 293-ე მუხლით, უცხოურ სამართალი და უბრალო ფაქტები აშკარად განსხვავდება.

შვეიცარიაში საერთაშორისო კერძო სამართლის შესახებ კანონის მე-16 მუხლი ცხადყოფს, რომ *iura novit curia* პრინციპი სრულად გამოსაყენებელია.¹¹

იტალიაში, უცხოური სამართლის მიმართ, საერთაშორისო კერძო სამართლის შესახებ კანონის¹² მე-14 მუხლით, *iura novit curia*-ს პრინციპი მოქმედია; შესაბამისად, სასამართლოები ვალდებულია, გამოკვეთონ და გამოიყენონ შესაბამისი უცხოური წესი ზუსტად ისე, როგორც ეროვნული ნორმა და ამიტომაც იგი არ კარგავს საკუთარ ბუნებას როგორც სამართლის საკითხი.¹³

საერთო სამართლის ტრადიციის ფარგლებში სიტუაცია შებრუნებულია და უცხოური სამართალი არის მხარეთა მიერ დასადასტურებელი ფაქტის საკითხი.¹⁴ სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, *iura novit curia* არ მოიცავს უცხო ქვეყნის სამართალს¹⁵ და თუ ერთ-ერთი მხარე თავის პოზიციას უცხოურ წესთა ერთობლიობაზე ამყარებს, მას, ასევე ეკისრება მტკიცების ტვირთი ისევე, როგორც ნებისმიერი სხვა ფაქტის დადგენის მიმართ.¹⁶

აქედან გამომდინარე, შეიძლება ითქვას, რომ საერთო სამართლის ტრადიციებში უცხოური სამართალი უფრო სასამართლოს შეფასების საგნად განიხილება, ვიდრე სამართლის. სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, იგი მიჩნეულია ფაქტად, რომლის დადგენა აუცილებელია მხოლოდ კონკრეტული დავის გადასაწყვეტად კონკრეტულ მოდავე მხარეებს შორის.¹⁷

III. *Iura novit curia*-დან *iura novit arbiter*-მდე

ამ მოკლე ნაშრომის არესზე რომ გადავიდეთ, დასმული კითხვაა: შეუძლია თუ არა *iura novit curia*-ს, შეასრულოს თავისი როლი საერთაშორისო კომერციული საარბიტრაჟო

⁹ გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის (ZPO) 293-ე მუხლის მიხედვით „სხვა სახელმწიფოში მოქმედი კანონმდებლობა, ჩვეულებითი სამართალი და სხვა დებულებები უნდა დადასტურდეს მხოლოდ იმდენად, რამდენადაც სასამართლოსათვის მათ შესახებ უცნობია. ამ წესების შესახებ გამოკითხვის წარმოებისას სასამართლო არ არის შეზღუდული მხარეთა მიერ დამხმარე დოკუმენტების სახით წარმოდგენილი მტკიცებულებებით; მას აქვს სამართლებრივი ინფორმაციის წყაროებიც ისევე, როგორც მათი გამოყენებისათვის საჭირო ბრძანებებისგამოცემის უფლებამოსილება“.

¹⁰ სიტყვა-სიტყვით: *rechtsnormen*.

¹¹ შვეიცარიის საერთაშორისო კერძო სამართლის მე-16 მუხლის მიხედვით, „უცხოური კანონმდებლობის შინაარსი უნდა დადგინდეს საკუთარი ინიციატივით. ამ მიზნით, შეიძლება საჭირო გახდეს მხარეთა თანამშრომლობა. ეკონომიკური ინტერესების გათვალისწინებით, უცხოური სამართლის დადგენის საქმე შეიძლება გადაეცეს მხარეებს.“ იხ., ასევე *Bryant, A. C.*, *Foreign Law as Legislative Fact in Constitutional Cases*, *BYU L. Rev.* 1005 2011.

¹² Law No. 218 of 31 May 1995.

¹³ *Mosconi, F., Campiglio, C.*, დასახ. წყარო, მე-7 სქ., 174.

¹⁴ *Waincymer, J.*, *International Arbitration and the Duty to Know the Law*, *Journal of International Arbitration*, 2011, vol. 28, issue 3.

¹⁵ *De Ly, F., Friedman, M. W., Di Brozolo, L. G. R.*, *Ascertaining the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration*, *International Law Association, Committee on International Commercial Arbitration, Report for the Biennial Conference in Rio de Janeiro, 2008*, 17, ხელმისაწვდომია *Arbitration International*, vol. 26, issue 2, 1 June 2010.

¹⁶ ამ წესის ისტორიული მიმოხილვისათვის იხ. *Sommerich, O. C., Busch, B.*, *The Expert Witness and the Proof of Foreign Law*, 38 *Cornell L.Q.* 125, (1953), 127-128.

¹⁷ *Rotem, Y.*, *Foreign law as a distinctive fact – To Whom Should the Burden of Proof be Assigned*, *Chicago Journal of International Law*, 2014, vol. 14, No. 2, article 8, 629. იხ., ასევე *Born, G.*, *International Commercial Arbitration – Commentary and Materials*, New York, 2006.

სცენარის ფარგლებში? და თუ ეს ასეა, რა შეიძლება იყოს *iura novit arbiter*-ს გამოყენების ფარგლები?

პირველ რიგში, ჩვენ უნდა გვახსოვდეს, რომ კანონის არსი არბიტრისათვის შეიძლება, ძალიან განსხვავდებოდეს იმისაგან, რაც არის იგი მოსამართლისათვის¹⁸: ეროვნული სამართლის წესები გამოსაყენებელი სამართლის განსაზღვრის შესახებ შეიძლება არ იყოს გამოსადეგი საერთაშორისო არბიტრაჟისათვის და ეს დასკვნა გამომდინარეობს არბიტრების პოზიციის განსხვავებებიდან მოსამართლეთა პოზიციებისაგან.¹⁹

უპირველეს ყოვლისა, არბიტრის მიერ გადაწყვეტილების მიღების უფლებამოსილება არის ნამდვილი *iudex privatus*, გამომდინარეობს მიღწეული კონკრეტული კონსენსუსიდან მხარეებს შორის, რომლებმაც გადაწყვიტეს გადაეცათ (მომავალი) დავა არბიტრაჟისათვის და არა ეროვნული სასამართლოებისათვის.²⁰

უფრო მეტიც, (საერთაშორისო კომერციული) არბიტრაჟის ბუნება ხაზს უსვამს მხარეთა ავტონომიას; მეორე მხრივ, საარბიტრაჟო დათქმა შეიძლება, განისაზღვროს როგორც ხელშეკრულება ხელშეკრულებაში და, რა თქმა უნდა, აქ არ არის აუცილებელი მხარეების სახელშეკრულებო ავტონომიის ხსენება.²¹

ამ ფართო ავტონომიის გამო, მხარეები ასევე თავისუფალნი არიან, აირჩიონ იმავე ხელშეკრულებისადმი გამოსაყენებელი სამართალი.

თუმცა, რა ხდება მაშინ, თუ მხარეები არ აპირებენ ან დაავიწყდებათ არჩევანის გაკეთება (არცთუ იშვიათი შემთხვევა)?

მათი მოსაზრება, ვინც გამოირჩება *iura novit curia*-ს რელევანტურობა საერთაშორისო არბიტრაჟში²², ნაკლებადაა მხარდაჭერილი დღესდღეობით. ორივე, იურიდიული მეცნიერებაც და სასამართლო პრაქტიკაც იხრება საერთაშორისო არბიტრაჟის კონტექსტშიც ამ პრინციპის რელევანტურობისაკენ.

მეორეც, ეროვნულ სასამართლოებს აქვთ ზუსტი ნორმები გამოსაყენებელ წესთა ერთობლიობის იდენტიფიცირებისა და მისი შინაარსის დადგენისათვის; მოსამართლე შებოჭილია საკუთარი [ქვეყნის] საერთაშორისო კერძო სამართლის სისტემით, მხარეთა მიერ არჩევანისას ან ასეთი არჩევანის არარსებობის შემთხვევაშიც.

პირიქით, საერთაშორისო არბიტრაჟის სფეროში, ხშირ შემთხვევაში, არბიტრებს, სხვადასხვა ქვეყნის სამართალთა კონკურენციის პირობებში, აქვთ გამოსაყენებელი სამართლის არჩევის ამოცანა. გარდა ამისა, საერთაშორისო არბიტრებს, ხშირად, უწევთ გამოიყენონ სამართალი, რომელიც უცხოა მათი პროფესიული კვალიფიკაციისა და ჩვეულებრივი პრაქტიკისაგან.²³

¹⁸ Mayer, P., Reflections on the International Arbitrator's Duty to Apply the Law, LCIA Arbitration International, 2001, vol. 17, No. 3, 236.

¹⁹De Ly, F., Friedman, M. W., Di Brozolo, L. G. R., დასახ. ნაშრომი, მე-14 სქ.

²⁰საერთაშორისო ვაჭრობის სფეროში, საყოველთაოდ აღიარებულია, რომ არბიტრაჟს აქვს მნიშვნელოვანი დადებითი მხარეები, როგორებიცაა, მაგალითად, სისწრაფე, მოქნილობა, ფართო ავტონომია, კონფიდენციალურობა.

²¹ხელშეკრულების და მხარეთა ავტონომიის პატივისცემის შესახებ იხ. *Borroni, A.*, Neo-Contractualism and Comparative Law, published for the Essays in Honor of Saul Litvinoff's, ed. Moreteau, Romanach, Zuppi, 2008, 431. ავტორის აზრით, უკვე „კლასიკური ხელშეკრულების თეორია შეიქმნა ნების თეორიის ირგვლივ, რომელმაც დაადგინა, რომ ხელშეკრულება არის ხელშეკრული მხარეების ნების გამოხატულება და, ამ მიზეზით, მას პატივი უნდა სცენ და იგი უნდა აღსრულდეს“; ისევე, როგორც საქმიანი ურთიერთობების მოდელების ევოლუციის შემდგომ, ხელშეკრულების ნეოკლასიკური თეორიითაც, მხარეებს შორის შეთანხმება იმსახურებს იმავე პატივისცემას.

²²იხ. *Derains, Y.*, Observations, Revue de l'arbitrage, 1998, 711: "l'adage iura novit curia n'a pas de place en matière d'arbitrage et surtout en matière d'arbitrage international".

²³ „როდესაც ვიხსენებ საქმეებს, რომლებშიც მე ვიყავი ჩართული როგორც არბიტრი და, რა თქმა უნდა, ზოგიერთი მათგანი დამავიწყდა კიდევ, ვხვდები, რომ გადავწყვიტე დავები გერმანული, ფრანგული, პოლონური, უნგრული, პორტუგალიური, ბერძნული, თურქული, ლიბანური, ეგვიპტური, ტუნისური, მაროკოული, სუდანური, ლიბერიული, კორეული, ტაილანდური, არგენტინული, კოლუმბიური, ვენესუელური, ილინოისის, ნიუ იორკის ... და შვეიცარიული სამართალით. ვიცი მე ეს მართლწესრიგები?

შესაძლებელი იქნებოდა იმის მტკიცება, რომ არბიტრები ასევე შებოჭილი არიან მხარეთა მიერ სამართლის არჩევანის შემთხვევაში გამოსაყენებელი სამართლის დადგენასთან დაკავშირებით.

მიუხედავად ამისა, იმ შემთხვევებშიც კი, როდესაც მათ წინაშეა გამოსაყენებელი სამართლის შესახებ შეთანხმება, არბიტრები ყოველთვის ინარჩუნებენ გარკვეული ხარისხის თავისუფლებას ამ დათქმის ნამდვილობის შესაფასებლად.²⁴

მესამე, არბიტრებს არ გააჩნიათ *lex fori* (სულ ცოტა მატერიალური სამართალი) და ეს იწვევს ალტერნატიულ გადაწყვეტებს, როცა გამოსაყენებელი სამართლის შინაარსი არ არის ადვილად განსაზღვრადი.²⁵

IV. არბიტრაჟი როგორც საერთაშორისო იურისდიქცია

საერთაშორისო არბიტრაჟში არ არსებობს რეალური კომპეტენტური ფორუმის აღიარებისათვის სივრცე და, მართლაც, ის უნდა ჩაითვალოს შიდა სამართლებრივ ინსტრუმენტად. ამ პირობას აქვს დაუყოვნებლივი შედეგი: ის გულისხმობს ეროვნული კანონმდებლობის იდენტიფიცირების შეუძლებლობას, რომელსაც ძალუმს გამორიცხოს ყველა სხვა, რაც უნდა განისაზღვროს უცხოური კანონებით, როგორც ეს ხდება ჩვეულებრივი იურისდიქციის ფარგლებში.

ამასთანავე, უნდა აღინიშნოს, რომ, საპროცესო კანონმდებლობიდან გამომდინარე, არ არსებობს არბიტრების მხოლოდ *lex fori*, მოსამართლისგან განსხვავებით. შესაბამისად, ხაზგასმით უნდა აღინიშნოს, რომ მხარეებს არ უშლის ხელს ის, რომ საარბიტრაჟო დავა დარეგულირდეს ნაწილობრივ განსაზღვრული საპროცესო სამართლით და ნაწილობრივ, - სხვა საპროცესო სამართლით.²⁶

არბიტრმა ბატონმა ფიტონმა, ერთი მხრივ, მიიჩნია, რომ გამოსაყენებელი იყო მხარეთა მიერ შეთანხმებული საპროცესო სამართალი და, მეორე მხრივ, გამოიყენა შვეიცარიის სამოქალაქო საპროცესო კანონმდებლობა, როგორც "*loi du lieu du siège de l'arbitrage*" (არბიტრაჟის ადგილსამყოფელი სამართალი).²⁷

ამგვარი ეროვნული პროცედურული წესების სიმრავლე, თავისთავად, უნდა აძლევდეს არბიტრაჟს საერთაშორისო ხასიათს, სახელდობრ, საპროცესო თვალსაზრისით; და არბიტრაჟის საერთაშორისო ხასიათი შენარჩუნებულია *a fortiori*, თუ მხარეებს არ აურჩევიათ რაიმე კონკრეტული პროცედურული სისტემა, მაგრამ შემოიფარგლნენ გამოსაყენებლად საარბიტრაჟო წესების არჩევით.

გარდა ნიუ-იორკის სამართლისა, რომელიც ვისწავლე მრავალი წლის წინ და, არ მოვიკატუნებ თავს, რომ ახლაც მახსოვს და შვეიცარული სამართლისა, რომელშიც ვახორციელებ პრაქტიკას, მიუხედავად იმისა, რომ იშვიათად, როგორც ხედავთ, პასუხი აშკარად არის - არა. თუმცა, როგორ ვიყენებდი ჩემთვის უცნობ სამართალს? მისი იგნორირებით? ფაქტებზე ფოკუსირებით სამართლიანად და სრულად? როგორ გავხდი მე სამართალში განსწავლული? როგორ მასწავლა ადვოკატმა?“, *Kaufmann-Kohler, G., The Arbitrator and the Law: Does he/she Know it? Apply it? How? And a Few More Questions, Arbitration International, 2005, vol. 21, No. 4, 631.*

²⁴საარბიტრაჟო შეთანხმების ავტონომია, მიუხედავად იმისა, რომ ნიუ-იორკის კონვენციაში არ გაწერილა, ახლა თითქმის საყოველთაოდ აღიარებულია საერთაშორისო არბიტრაჟში. იხ., მაგალითად, გაეროს საერთაშორისო სავაჭრო სამართლის კომისიის (UNICTRAL) მოდელური კანონის მე-16 მუხლის 1-ლი პუნქტი: „საარბიტრაჟო ტრიბუნალს შეუძლია, განსაჯოს საკუთარი იურისდიქცია, მათ შორის, ნებისმიერი საჩივარი საარბიტრაჟო შეთანხმების არსებობასა თუ ნამდვილობასთან დაკავშირებით. ამ მიზნით, საარბიტრაჟო დათქმა, რომელიც ხელშეკრულების ნაწილია, განიხილება როგორც ხელშეკრულების სხვა პირობებისგან დამოუკიდებელი შეთანხმება. საარბიტრაჟო ტრიბუნალის გადაწყვეტილება, რომ ხელშეკრულება ბათილია, *ipso iure* არ იწვევს საარბიტრაჟო შეთანხმების ბათილობას“.

²⁵ *De Ly, F., Friedman, M. W., Di Brozolo, L. G. R.*, დასახ. ნაშრომი მე-14 სქ.

²⁶ *Rubino Sammartano, M., L'arbitrato Internazionale, 1989, 70.*

²⁷ *Asling Trading Co. v. Gracia, 1954; ნახსენებია, ასევე საქმეში B.P. Exploration Company (Libia) v. Government of the Arabic Republic of Libya, Copenhagen 10.10.1973, Revue de l'Arbitrage, 1980, 119.*

საერთაშორისო სავაჭრო პალატის (ICC) წესებსა და ეროვნული საპროცესო კანონმდებლობასთან კავშირის არარსებობა დადასტურდა იმ საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებაში, სადაც საარბიტრაჟო კოლეგიას თავმჯდომარეობდა ბატონი ჯ. დე არჩაგა, რომელმაც უპასუხა საპროცესო კანონმდებლობასთან წესების შეუსაბამობის თაობაზე დაყენებულ შუამდგომლობას პირველისათვის უპირატესობის მინიჭებით. მან მიუთითა, რომ ბრაზილიის სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის ზოგიერთ წესსა და ICC-ის წესებს შორის გარკვეული პროცედურული საკითხების თაობაზე შეუსაბამობის არსებობის ფონზე, ბრაზილიური ნორმები განკუთვნილი იყო მხოლოდ შიდა არბიტრაჟებისათვის.²⁸

კანონმდებლები, სხვადასხვა დროს, საერთაშორისო არბიტრაჟის ამგვარი ხასიათით იბოჭებოდნენ.²⁹

1985 წელს ამერიკის შეერთებული შტატების უზენაესმა სასამართლომ აღნიშნა³⁰, რომ საარბიტრაჟო ტრიბუნალი არ არის რა შებოჭილი კონკრეტული ეროვნული საპროცესო სამართლის გამოყენების მოვალეობით, არ გააჩნია ვალდებულება, გაამართლოს საკუთარი წესების გამოყენება.

არბიტრაჟის შესახებ კანონმდებლობის ნაწილებით არ კონკრეტდება, თუ როგორ უნდა განსაზღვრონ არბიტრებმა გამოსაყენებელი სამართლის შინაარსი, მაგრამ არსებობს გარკვეული გამონაკლისები ამ საკანონმდებლო დუმილიდან.

ერთ-ერთი მათგანი წარმოდგენილია ნიდერლანდების სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 1044-ე მუხლით,³¹ რომელიც ითვალისწინებს საარბიტრაჟო ტრიბუნალის მიერ უცხოურ სამართალზე ინფორმაციის შესახებ 1968 წლის ევროპული კონვენციით გათვალისწინებული უცხოური კანონის დადგენის მექანიზმების გამოყენებას.

კიდევ ერთი მათგანია დანიის საარბიტრაჟო აქტის 27-ე მუხლის მე-2 პუნქტი³² და მესამეა - ინგლისის 1996 წლის საარბიტრაჟო აქტის 34-ე მუხლის 1-ლი პუნქტი და მე-2 ზ) ქვეპუნქტი.³³

²⁸ICC-ის საქმეში №4695/84 (Yearbook Commercial Arbitration, 1986, 149), საარბიტრაჟო ტრიბუნალმა დაწერა, რომ „ICC-ის წესების კონკრეტული და მკაფიო არჩევანი პროცედურული საკითხებისა, რომლებიც ეხება საარბიტრაჟო ტრიბუნალის შემადგენლობას და საქმის წარმოების დაწყებას, უცილობლად, გამორიცხავს, საერთაშორისო კომერციულ შეთანხმებასთან დაკავშირებით, ბრაზილიის სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 1073-ე და 1074-ე მუხლების პროცედურული მოთხოვნების გამოყენებას, რომლებიც არ შეესაბამება ICC-ის წესებს და, ამკარად, შექმნილია მხოლოდ წმინდა ბრაზილიური ან შიდა არბიტრაჟების მიერ გამოსაყენებლად“.

²⁹ Von Mehren, A. T., International Commercial Arbitration and the Conflict of Laws, The American Review of International Arbitration, 1992, vol. 3, 60. გარდა ამისა, საერთაშორისო კომერციული არბიტრაჟი, სულ უფრო მეტად, გამოირჩევა თავისი დამოუკიდებლობით ყველა ეროვნული სამართლებრივი სისტემისაგან. შედეგად, წარმოიშვა ცალკე დისციპლინა “selon une démarche caractéristique de la représentation de l'arbitrage admettant l'existence d'un ordre arbitral autonome“. იხ. Gaillard, E., Aspects Philosophiques du Droit de l'arbitrage International, Recueil des Cours, 2008.

³⁰ საქმეში - Mitsubishi Motors Corporation (Japan) v. Soler Chrysler-Plymouth Inc. (U.S.), U.S. Supreme Court, 2 July 1985, (Yearbook Commercial Arbitration, 1986, vol. 11, 555): „საერთაშორისო საარბიტრაჟო ტრიბუნალი ვალდებულია არ არის მიემხროს კონკრეტული ქვეყნების სამართლებრივი ნორმების გამოყენებას; აქედან გამომდინარე, მას არ გააჩნია პირდაპირი ვალდებულება, გაამართლოს თავისივე წესების გამოყენების აუცილებლობა“.

³¹ნიდერლანდების სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 1044-ე მუხლით, „მოთხოვნა უცხოეთის კანონმდებლობის შესახებ: 1. საარბიტრაჟო ტრიბუნალს უფლება აქვს, ჰააგის რაიონული სასამართლოს თავმჯდომარის ინტერვენციის მეშვეობით, მოითხოვოს ინფორმაცია, როგორც ეს არის 1968 წლის 7 ივნისის ლონდონში დადებული უცხოური სამართალზე ინფორმაციის შესახებ ევროპული კონვენციის მე-3 მუხლში აღნიშნული. თავჯდომარე, გარდა იმ შემთხვევისა, როდესაც იგი მიიჩნევს მოთხოვნას უსაფუძვლოდ, თხოვნას დაუყოვნებლივ უგზავნის ამ კონვენციის მე-2 მუხლში მითითებულ სააგენტოს და ამის შესახებ აცხადებს საარბიტრაჟო ტრიბუნალს. 2. საარბიტრაჟო ტრიბუნალს შეუძლია, შეაჩეროს სამართალწარმოება იმ დღემდე, სანამ მიიღებს პასუხს ინფორმაციის თაობაზე საკუთარი მოთხოვნის შესახებ“.

³²დანიის საარბიტრაჟო აქტის 27-ე ნაწილის მე-2 პარაგრაფის მიხედვით: „თუ საარბიტრაჟო ტრიბუნალი მიიჩნევს, რომ ევროპული კავშირის კანონმდებლობის საკითხზე გადაწყვეტილების მიღება აუცილებელია, რათა მას მიეცეს საშუალება გადაწყვიტოს საარბიტრაჟო დავა, საარბიტრაჟო ტრიბუნალს შეუძლია,

ეროვნული კანონმდებლობის მსგავსად, ამ საკითხს საარბიტრაჟო წესები არ ეხება. თუმცა, ზოგიერთი გამოწვევის წარმოდგენილია, მაგალითად, ლონდონის საერთაშორისო საარბიტრაჟო სასამართლოს (LCIA) წესების 22-ე მუხლის 1-ელ (iii) ქვე-პუნქტში,³⁴ სტოკჰოლმის სავაჭრო პალატის საარბიტრაჟო ინსტიტუტის 27-ე მუხლის 1-ლ პუნქტში³⁵ და ICC-ის წესების 21-ე მუხლში.³⁶

ყოველ შემთხვევაში, კონკრეტული მითითებების ნაკლებობა შეიძლება, ჩანაცვლდეს მხარეთა აქტივობით. თუ, ერთი მხრივ, ძალზედ იშვიათია, რომ მხარეებმა ხელშეკრულებაში შეიტანეს ნებისმიერი ინსტრუქცია საარბიტრაჟო ტრიბუნალის მიერ გამოსაყენებელი კანონმდებლობის შინაარსის განსაზღვრის განხორციელების შესახებ, მეორე მხრივ, შეიძლება მოხდეს ისე, რომ საარბიტრაჟო განხილვის დროს მხარეებმა შეთანხმებას მიაღწიონ, სავარაუდოდ, საარბიტრაჟო კოლეგიის დახმარებით და მასთან თანამშრომლობით.³⁷

თუმცა, ბევრად უფრო მოსალოდნელია, რომ არბიტრებმა გადაწყვიტონ, თუ როგორ დაადგინონ გამოსაყენებელი კანონმდებლობის შინაარსი რაიმე მითითების ან საკანონმდებლო და /ან მარეგულირებელი დახმარების გარეშე.

არბიტრებისათვის მინიჭებული ფართო თავისუფლება ხაზს უსვამს იმას, რომ კანონის გამოყენებისას ხარვეზი არ შეიძლება, ჩათვალოს საკმარის საფუძვლად, რომ ნიუ-იორკის კონვენციის თანახმად, მოხდეს საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობაზე ან

მოსთხოვოს სასამართლოს, რომ მან მოითხოვოს ევროპული კავშირის სასამართლოსაგან ამის შესახებ განჩინების გამოტანა“.

³³ინგლისის 1996 წლის საარბიტრაჟო აქტის 34-ე მუხლით [1-ლი პუნქტი], საარბიტრაჟო ტრიბუნალმა უნდა გადაწყვიტოს ყველა პროცედურული და მტკიცებითი საკითხი, რომ მხარეებს აქვთ უფლება შეთანხმდნენ ნებისმიერ საკითხზე. [პარ. 2] პროცედურულ და მტკიცებით საკითხებში შედის [(ზ) ქვე-პარ.] შეიძლება თუ არა და რამდენად დასაშვებია ტრიბუნალმა თავად აიღოს ინიციატივა ფაქტებისა და კანონის დასადგენად“.

³⁴LCIA-ის წესების 22-ე მუხლი: „[პარ. 1] საარბიტრაჟო სასამართლოს აქვს უფლებამოსილება, ნებისმიერი მხარის მოთხოვნით, ან საკუთარი ინიციატივით, მაგრამ ორივე შემთხვევაში მხოლოდ მხარეებისათვის მოსაზრებების დაფიქსირების გონივრული შესაძლებლობის მიცემის შემდეგ [...], გადაწყვიტოს [ქვე-პარ. (გ)], განხორციელოს ისეთი გამოკვლევები, რომლებიც საარბიტრაჟო სასამართლოს მიერ შეიძლება მიჩნეული იქნეს აუცილებლად ან მიზანშეწონილად, მათ შორის, შეუძლია თუ არა და რა ფარგლებში საარბიტრაჟო სასამართლოს, რომ, თავისი ინიციატივით, გამოარკვიოს რელევანტური საკითხები და ფაქტები და კანონი(ებ)ი ან სამართლის ნორმები, რომლებიც გამოსაყენებელია საარბიტრაჟო შეთანხმებისადმი, საარბიტრაჟო წარმოებისადმი და მხარეთა შორის დავის არსისადმი“.

³⁵სტოკჰოლმის სავაჭრო პალატის საარბიტრაჟო ინსტიტუტის 27-ე მუხლი: „საარბიტრაჟო ტრიბუნალმა უნდა გადაწყვიტოს საქმის არსებითი მხარე კანონ(ებ)ით ან მხარეთა შეთანხმებით დადგენილი წესებით. ამგვარი შეთანხმების არარსებობის შემთხვევაში, საარბიტრაჟო ტრიბუნალი გამოიყენებს კანონს ან სამართლის ნორმას, რომელსაც ის ყველაზე შესაფერისად მიიჩნევს“.

³⁶ICC-ის წესების 21-ე მუხლის მიხედვით: „[პარ. 1] მხარეები თავისუფალნი არიან, შეთანხმდნენ საარბიტრაჟო ტრიბუნალის მიერ დავის არსებითად გადასაწყვეტად გამოსაყენებელი სამართლის ნორმები შესახებ. ამგვარი შეთანხმების არარსებობის შემთხვევაში, საარბიტრაჟო ტრიბუნალი გამოიყენებს სამართლის ნორმას, რომელსაც შესაფერისად მიიჩნევს. [პარ. 2] საარბიტრაჟო ტრიბუნალი ითვალისწინებს მხარეებს შორის შეთანხმებული ხელშეკრულების დებულებებს მათი არსებობისას და ნებისმიერ რელევანტურ სავაჭრო ჩვეულებებს“.

³⁷*Kaufmann-Kohler, G.*, დასახ. ნაშრომი 22-ე სქ., ავტორი გვთავაზობს: „მხარეებმა უნდა დაადგინონ დავის არსისადმი გამოსაყენებელი სამართლის შინაარსი. საარბიტრაჟო ტრიბუნალს აქვს უფლებამოსილება, მაგრამ არა ვალდებულება, განხორციელოს საკუთარი კვლევა ასეთი შინაარსის დასადგენად. თუ ტრიბუნალი ამ უფლებამოსილებას გამოიყენებს, მაშინ მან უნდა მისცეს მხარეებს შესაძლებლობა, გააკეთონ კომენტარი ტრიბუნალის მიერ განხორციელებული მოკვლევის შედეგებზე. თუ კონკრეტულ საკითხთან დაკავშირებით გამოსაყენებელი სამართლის შინაარსი ვერ დგინდება, საარბიტრაჟო ტრიბუნალს უფლება აქვს, გამოიყენოს ასეთი საკითხისადმი ნებისმიერი სამართლის ნორმა, რომელსაც იგი ჩათვლის სათანადოდ“. უფრო მეტიც, ყოველთვის შეიძლება, რომ მხარეებმა, გამოსაყენებელი სამართლის შინაარსის დადგენის გართულებისას, გადაწყვიტონ თავიანთი შეთანხმების გადახედვა.

აღსრულებაზე უარის თქმა.³⁸ აქედან გამომდინარე, გადაწყვეტილება კითხვის ნიშნის ქვეშ ნაკლებად დადგება უბრალოდ იმ საფუძვლით, რომ საარბიტრაჟო კოლეგია შეცდა გამოსაყენებელი კანონის შინაარსის დასადგენად.

აქედან გამომდინარე, რომ შევეცადოთ პასუხის გაცემას კითხვაზე - განმხილველმა ორგანომ უნდა იცოდეს თუ არა კანონი (ან "*iura novit arbiter?*"), მხედველობაში უნდა იქნეს მიღებული, რომ არბიტრებს აქვთ უფლება და მოვალეობა, მოახდინონ გამოსაყენებელი კანონის შინაარსის დადგენა, უფრო მეტიც, როგორც ჩანს, მაგალითად, ეს დადასტურებულია იმავე დებულებებით სახელშეკრულებო ვალდებულებების მიმართ გამოსაყენებელი სამართლის თაობაზე (ანუ Rome I) რეგლამენტში 593/2008 (EC), თუმცა იმ საზღვრებში, რაც მითითებულია 1-ლი მუხლის მე-3 პუნქტში.

პროცედურის ლოგიკისა და საარბიტრაჟო სილოგიზმის სტრუქტურის გათვალისწინებით, გამორიცხულია, რომ კანონის შინაარსი გაუთანაბრდეს ფაქტობრივ საკითხს.³⁹

გარდა ამისა, უკანასკნელ ათწლეულებში ჩვენ მოწმენი გავხდით ძლიერი ჰარმონიზაციის ტალღისა სხვადასხვა ქვეყნებში, რომელიც შეიძლება აღიწეროს როგორც „საარბიტრაჟო გლობალიზაცია“.⁴⁰ იგი ვითარდება ნიუ-იორკის კონვენციით და მიჰყვება UNCITRAL-ის საარბიტრაჟო წესებს, მოდელურ კანონს, მრავალი საარბიტრაჟო ინსტიტუტის წესდებებსა და სხვადასხვა შესაბამის ეროვნულ კანონებს.

დისციპლინების ამ დაახლოებამ დადასტურა, რომ ღირებული საშუალებაა სტანდარტული ან, უკეთესი, საერთაშორისო არბიტრაჟის პროცედურის გაჩენისათვის.⁴¹ ეს „გლობალიზაცია“ არ უნდა იყოს სიურპრიზი: საერთაშორისო არბიტრაჟი წარმოადგენს იმ ადგილს, სადაც აქტიორები განსხვავებული წარსულიდან ხვდებიან და მუშაობენ დავის გადაწყვეტის საერთო მიზნით.

ამ თვალსაზრისით, აუცილებელია საერთაშორისო კომერციული არბიტრაჟის შემდგომი თავისებურებების გამოყოფა: საარბიტრაჟო კოლეგიებმა უნდა გაითვალისწინონ, რომ ისინი საერთაშორისო დავებთან დაკავშირებულ საკითხებს განიხილავენ და ახდენენ კანონის ნორმათა ინტერპრეტაციას საერთაშორისო პრაქტიკის თვალთახედვიდან და, უპირველეს ყოვლისა, უნდა მიანიჭონ მხარეთა ნებას მაქსიმალური გავლენა. ზოგჯერ, არბიტრების თავისუფლება - და, შესაბამისად, საარბიტრაჟო მოქნილობა - კიდევ უფრო შორს მიდის. მართლაც, თუ მხარეები მიმართავენ საერთო საერთაშორისო კომერციულ პრაქტიკას, არბიტრებს შეუძლიათ ან უნდა გადაწყვიტონ ე.წ. *lex mercatoria*-თი მოცული წესების გამოყენება.⁴²

კიდევ ერთი ხაზგასასმელი ასპექტია, რომ „არბიტრებმა გამოსაყენებელი კანონმდებლობის შინაარსის დადგენის მცდელობისას უნდა გაითვალისწინონ, რომ ეროვნული სასამართლოების მიერ კანონის შინაარსის დადგენის წესები არ არის

³⁸The New York Arbitration Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, New York, 10 June 1958, ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<http://www.newyorkconvention.org/>>. უკანასკნელად გადამოწმებულია 16.06.2018.

³⁹Carbone, S. M., *Iura novit curia e arbitrato commerciale internazionale*, Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale, 2010, No. 2, 353.

⁴⁰Kaufmann-Kohler, G., *Globalization of Arbitral Procedure*, Vanderbilt Journal of Transnational Law, 2003, vol. 36.2, 1331.

⁴¹ამ საკითხზე უფრო კონკრეტულად იხ. Baum, A., *Reconciling Anglo-Saxon and Civil Law procedure: the Path to a Procedural lex arbitrationis*, Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century, *Liber amicorum* Karl-Heinz Backstiegel, Köln, 2001, 21; Boris, C., *The Reconciliation of Conflicts Between Common Law and Civil Law Principles in the Arbitration Process*, Frommel, S. N., Rider, B. A. K., *Conflicting Legal Cultures in Commercial Arbitration*, The Hague, 1999, 1; Caldwell, S., *Arbitration Procedures: Harmonisation of Basic Notions: Differing Approaches*, Globalization and Harmonization of the Basic Notions in International Arbitration, IFCIAI Conference, Honk Kong International Arbitration Centre, 1996, 101.

⁴²*Lex mercatoria*-ს შესახებ იხ. Gaillard, E., *Thirty Years of lex mercatoria: Towards the Selective Application of Transnational rules*, ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, October 1995, Vol. 10, issue 2, 208.

სავალდებულოდ შესაფერისი არბიტრაჟისთვის [...] კერძოდ, არბიტრები არ უნდა დაეყრდნონ გამოუხატავ პრეზუმპციებს⁴³.

მათ შორის, მაგალითად, თუ შეუძლებელი იყო გამოსაყენებელი კანონმდებლობის შინაარსის დადგენა, მაშინ არბიტრაჟზე შინაარსის *lex fori*-სთან იდენტურობის პრეზუმფცია არ გავრცელდება: და ეს ხდება იმ საკვანძო მიზეზის გამო, რომ, როგორც უკვე აღინიშნა, საერთაშორისო სავაჭრო არბიტრაჟში არ არსებობს უცხოური სამართალი და არ არსებობს რეალური და ეფექტიანი იურისდიქცია, რომელიც გამორიცხავს ეროვნულ სამართლებრივ სისტემასთან ნებისმიერ შესაძლო კავშირს.⁴⁴

ასეთ შემთხვევებში, დევიზი *iura novit arbiter* საშუალებას აძლევს არბიტრებს გამოიყენონ *ex officio* პრინციპები და წესები, რომლებიც, როგორც წესი, *lex mercatoria*-ს წიაღში იბადება "selon une démarche caractéristique de la représentation de l'arbitrage admettant l'existence d'un ordre arbitral autonome".⁴⁵

V. გამოსაყენებელ სამართალსა და არბიტრების მიერ *motu proprio* გაკეთებულ სამართლებრივ დასკვნებს შორის ბალანსი

მიუხედავად იმისა, რომ გამოსაყენებელი კანონმდებლობის შინაარსის განსაზღვრისათვის არბიტრებს დიდი დისკრეცია აქვთ მინიჭებული, უნდა აღინიშნოს, რომ ეს უფლებამოსილება შესაძლებელია, გაძლიერდეს ან შეიზღუდოს მხარეების ნათელი და ზუსტი შეთანხმებით.

თუმცა, როგორც საერთაშორისო სამართლის ასოციაციის კონფერენციის⁴⁶ მსვლელობისას უკვე ზემოთ აღინიშნა, მხარეები ნაკლებად მიდრეკილნი არიან შეთანხმებით მოიცვან ზუსტი რეკომენდაციები და ინსტრუქციები იმის შესახებ, თუ როგორ უნდა დაადგინოს საარბიტრაჟო კოლეგიამ კონკრეტულად დავისადმი გამოსაყენებელი წესების და/ან დისციპლინის შინაარსი.⁴⁷

მართლაც, ბიზნესმენების ინტერესი, როგორც წესი, უფრო მკაცრად ეკონომიკურ შინაარსზეა ორიენტირებული, მაგალითად, როგორცაა ფასი, რაოდენობა, ხარისხი და საქონლის მიწოდება, ვიდრე იურიდიულ ელემენტებზე.⁴⁸

მიუხედავად ამისა, მხარეთა მიერ (ზუსტად) განხორციელებული *electio iuris*-ის შემთხვევაშიც კი, *iura novit arbiter* პრინციპის მოქმედება ვერ ჩაითვლება სრულად შეზღუდვებისაგან თავისუფლად.

მართლაც, არბიტრთა ფართო დისკრეცია უნდა დაბალანსდეს ჯეროვანი სამართლებრივი პროცედურის ზოგად პრინციპით ისევე, როგორც უზრუნველყოფილ უნდა იქნეს მოულოდნელობების შეზღუდვა.

ქენევის კონვენციის მე-9.1 მუხლის (ბ) ქვეპუნქტი⁴⁹ უზრუნველყოფს მხარეებისათვის შესაძლებლობას თავიანთი პოზიცია (ანუ დაასაბუთონ თავიანთი არგუმენტებით)

⁴³Recommendation No. 4, Resolution No. 6/2008, Conference of the International Law Association in Rio de Janeiro, 2008, იხ. მე-14 სქ.

⁴⁴ Carbone, S. M., დასახ. ნაშრომი, 38-ე სქ.

⁴⁵*Ex pluribus, Lew, J. D. M.*, Achieving the dream: Autonomous Arbitration, Arbitration International, 2006, 179.

⁴⁶*De Ly, F., Friedman, M. W., Di Brozolo, L. G. R.*, დასახ. ნაშრომი მე-14 სქ.

⁴⁷ Carbone, S. M., დასახ. ნაშრომი, 38-ე სქ., 360.

⁴⁸ Borroni, A., დასახ. ნაშრომი, მე-20 სქ.

⁴⁹ ქენევის კონვენციის მე-9.1 მუხლის (ბ) ქვეპუნქტი: „[...] განხილვის გადადებაზე შუამდგომლობის დააყენებენ მხარეს [...] სხვაგვარად არ შეეძლო თავისი პოზიციის წარდგენა“; მსგავსია საერთაშორისო კომერციული არბიტრაჟის შესახებ UNCITRAL-ის მოდელური კანონის მე-18 მუხლი: „მხარეებს თანასწორად უნდა მოეპყრან და თითოეულ მხარეს უნდა მიეცეს თავისი პოზიციის წარმოდგენის სრული შესაძლებლობა“; ასევე ICC-ის წესების 22-ე მუხლის მე-4 პუნქტი: „ნებისმიერ შემთხვევაში, საარბიტრაჟო ტრიბუნალმა უნდა იმოქმედოს სამართლიანად და მიუკერძოებლად და უზრუნველყოს, რომ თითოეულ მხარეს ჰქონდეს გონივრული შესაძლებლობა, წარმოადგინოს თავისი პოზიცია“.

წარადგინონ საარბიტრაჟო განხილვისას: სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, საარბიტრაჟო კოლეგიამ არ უნდა გააოცოს მხარე (ან მხარეებს) *ex officio* იმ დებულების გამოყენებით, რომელიც მხარეებს არ უხსენებიათ, ან, საერთოდ, არაპროგნოზირებადი და გაუთვალისწინებელი იყო მათთვის.

აქედან გამომდინარე, თუ საარბიტრაჟო ტრიბუნალი მიიჩნევს, რომ დავა უნდა გადაწყდეს სამართლებრივი დასკვნებისა ან/და წესების გამოყენებით, რომლებიც განსხვავდება მხარეების მიერ მითითებულისაგან, მაშინ მან უნდა აცნობოს ეს მხარეებს, რათა თავიდან აცილებულ იქნას მოულოდნელობა მათთვის.⁵⁰

ასეთი სიტუაციები შეიძლება წარმოიშვას, მაგალითად, თუ არბიტრები მიიჩნევენ, რომ დავა არ უნდა გადაწყდეს ხელშეკრულების დებულებების ან მხარეთა მიერ არჩეული სამართლის შესაბამისად, არამედ სრულიად განსხვავებული წესების ერთობლიობის საფუძველზე: ჯეროვანი სამართლებრივი პროცედურის (due process) პრინციპი მოითხოვს, რომ საარბიტრაჟო ტრიბუნალმა აცნობოს [ამის შესახებ] მხარეებს და მისცეს მათ სრული შესაძლებლობა წარმოადგინონ თავიანთი დასაბუთება.

ანალოგიურად, შეიძლება, რომ საერთაშორისო არბიტრაჟის ფარგლებში *iura novit curia*-ს თავისებურების გამო, არბიტრებმა *lex mercatoria* მიიჩნიონ გამოსაყენებელ სამართლად, თუნდაც ეს არ იყოს პირდაპირ არც ნახსენები, არც არჩეული მხარეების მხრიდან: კვლავ საარბიტრაჟო ტრიბუნალმა უნდა შეატყობინოს მხარეებს, რათა მათ მიეცეთ საშუალება თავიანთი დასაბუთება წარმოადგინონ ამ უკიდურესად დელიკატურ საკითხზე.

VI. ინფორმირების მოვალეობა თუ დისკრეცია: მოკლე შედარებითი ანალიზი

მიუხედავ ყველაფრისა, საარბიტრაჟო სასამართლოები ყოველთვის არ ემორჩილებიან „ინფორმირების მოვალეობას“ და მისი შედეგები შეიძლება, განსხვავებული იყოს სხვადასხვა იურისდიქციებში და ეს, როგორც ჩანს, ჯერ კიდევ კანონმდებლობებს ისევე, როგორც საარბიტრაჟო წესებს შორის ჰარმონიზაციის მიუღწევლობის გამოა.

2016 წელს პარიზის სააპელაციო სასამართლომ გააუქმა ICC-ის (2014 წლის 29 აგვისტოს) გადაწყვეტილება საქმეზე Republic of Madagascar v. De Sutter P. et al, რადგან საარბიტრაჟო ტრიბუნალმა თავისი გადაწყვეტილება დააფუძნა სამართლებრივ დასკვნებს, რომელიც არ იყო წარმოდგენილი მხარეების მიერ და მათ არ მიეცათ შესაძლებლობა, წარმოედგინათ თავიანთი შეხედულებები.⁵¹

ამ გადაწყვეტილებას არ გადაუხვევია საფრანგეთის სასამართლოების მიერ მანამდე მიღებული სხვა გადაწყვეტილებებისგან, რომლებიც, ფაქტობრივად, კიდევ უფრო შორს მიდიოდნენ *iura novit arbiter*-ის პრინციპის შეზღუდვასა და ჯეროვანი სამართლებრივი პროცედურის ინტენსიურად დაცვაში: პარიზის სააპელაციო სასამართლომ საქმეში Gouvernement de la République Arabe d'Égypte et al. v. Malicorp Ltd.⁵² და საფრანგეთის უზენაესმა სასამართლომ საქმეში Overseas Mining Investment Ltd. v. Commercial Caribbean Niquel, მაქსიმალურად მხარი დაუჭირა შეჯიბრებითობის პრინციპის მაშინაც კი, როდესაც საარბიტრაჟო ტრიბუნალის მიერ *motu proprio* წამოჭრილი სამართლებრივი საკითხები არ იყო რეალურად განუჭვრეტელი, რადგან "si les arbitres n'ont effectivement pas l'obligation de

⁵⁰ Tunik, D. E., Default Proceedings in International Commercial Arbitration, International Arbitration Law Review, vol. I, issue 2, 1998, 90.

⁵¹Cour d'Appel de Paris, Pôle 1 – Chambre 1, Arrêt du 15 mars 2016, R.G. No. 14/19164, ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7208.pdf>>. უკანასკნელად გადამოწმდა: 16.06.2018.

⁵²Cour d'Appel de Paris, Arrêt du 19 juin 2008, R.G. No. 06/17901 ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000019225667>>. უკანასკნელად გადამოწმდა: 16.06.2018.

soumettre au préalable leur motivation à une discussion contradictoire, ils doivent cependant respecter le principe de la contradiction".⁵³

შვეიცარიაში, ფედერალურმა სასამართლომ არაერთხელ უარყო საჩივრები, იმ საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებაზე წარდგენილი, რომლებიც გამოტანილ იქნა სამართლებრივი საკითხების შესახებ სრული დისკუსიის არარსებობის პირობებში, მრავალთა შორის, Tvornica-ს ცნობილი საქმეში: „შვეიცარიაში უფლება, მოისმინონ შენი პოზიცია, ეხება განსაზღვრულ ფაქტობრივ გარემოებებს. მხარეთა უფლება, გამოხატონ პოზიციები სამართლებრივ საკითხებზე, აღიარებულია მხოლოდ შეზღუდული მასშტაბით. ზოგადად, *iura novit curia*-ს პრინციპის მიხედვით, სახელმწიფო ან საარბიტრაჟო ტრიბუნალები თავისუფალია ფაქტობრივი გარემოებების სამართლებრივი რელევანტურობის შეფასებაში და მათ შეუძლიათ, მიიღონ გადაწყვეტილებები მხარეთა მიერ წარმოდგენილ განსხვავებულ სამართლებრივ საფუძვლებზე დაყრდნობით“.⁵⁴

ეს პოზიცია გაზიარებულია იტალიელი კანონმდებლის მიერაც: იტალიის სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 112-ე და 113-ე მუხლების შესაბამისად, "nel pronunciare sulla causa, il giudice deve seguire le norme del diritto". დებულება ზოგადად ეხება ყველა „სამართალს“ და არა მხოლოდ იმ წესებს, რაზეც მხარეებმა მიუთითეს.

აქედან გამომდინარე, სასამართლომ (ეროვნულმა თუ საარბიტრაჟომ) შეიძლება გამოიყენოს ყველაზე შესაფერისი „სამართლის ნაწილი“ ისევე, როგორც მხარეთა ინიციატივისაგან დამოუკიდებლად შეუფარდოს [შემადგენლობას] *nomen iuris*.⁵⁵

იტალიის სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 101-ე მუხლის მე-2 პუნქტის⁵⁶ თანახმად, რომელიც, რა თქმა უნდა, 183-ე მუხლის მეოთხე პუნქტთან⁵⁷ ერთად უნდა იქნეს გამოყენებული, რათა თავიდან იქნას აცილებული ე.წ. *sentenze della terza via*, თუ გადამწყვეტი საკითხი იქნა წამოჭრილი *ex officio*, სასამართლო ახლა იძულებულია, მოიწვიოს მხარეები მათი მოსაზრებების წარმოსადგენად.

ტრადიციულ მიდგომაში იტალიის უზენაეს სასამართლოს მხოლოდ ნაწილობრივ შეაქვს ნოვაციები და იგი საკმაოდ მყარად დგას აზრზე, რომ მოსამართლემ მხარი უნდა დაუჭიროს მხარეებს შორის შეჯიბრობითობის საფუძველზე წარმართულ პროცესს მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ საკითხი (წამოჭრილი *ex officio*) ეხება ფაქტობრივ დასკვნებს ან შერეულ - ფაქტობრივ და სამართლებრივ - დასკვნებს.⁵⁸

ეს მიდგომა, რა თქმა უნდა, გამოსაყენებელია არბიტრაჟის მიმართაც: იტალიაში, სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 822-ე მუხლის თანახმად, არბიტრი ასევე „წყვეტს [საკითხს] სამართლის ნორმის მიხედვით“, გარდა იმ შემთხვევისა, როცა მხარეებმა არბიტრი აირჩიეს როგორც მომრიგებელი შუამავალი (*amiable compositeur*).

შესაბამისად, შეიძლება ითქვას, რომ საერთაშორისო საარბიტრაჟო პრაქტიკაში, თუ არბიტრი დავის დასარეგულირებლად იყენებს, როგორც მან ეს უნდა გააკეთოს, მხარეთა

⁵³Cour de Cassation, I chambre civile, Arrêt No. 785 du 29 juin 2011, R.G. No. 10/23321, ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/785_29_20477.html>. უკანასკნელად გადამოწმდა: 16.06.2018.

⁵⁴ციტირებულია *Geradin, D. – Villano, E. P., Iura Novit Curia Stealing the Limelight (Again)*, Kluwer Arbitration Blog, 22 April 2016, ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/04/22/iura-novit-curia-stealing-the-limelight-again/>>. უკანასკნელად გადამოწმდა: 16.06.2018.

⁵⁵ იბილეთ, Cassazione Civile, Sez. II, judgment No. 17075 of 24.08.2015, ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<http://www.eclegal.it/iura-novit-curia-non-contestazione-in-appello-contraddittorio/>>. უკანასკნელად გადამოწმდა: 16.06.2018.

⁵⁶იტალიის სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 101-ე მუხლის მე-2 პუნქტი: “Se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione”. ეს პუნქტი დამატებულ იქნა 2009 წლის 18 ივნისის № 69 კანონით.

⁵⁷ იტალიის სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 183-ე მუხლის მე-4 პუნქტი: “Nell'udienza di trattazione ovvero in quella eventualmente fissata ai sensi del terzo comma, il giudice richiede alle parti, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari e indica le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione”.

⁵⁸ იხ. *ex multis* Cassazione civile no. 2984/2016, conf. No. 8936/2013, ციტირებული Codice di Procedura Civile Studium, a cura di *Luigi Tramontano*, La Tribuna, 2018.

მითითებულის გარდა, რაიმე სხვა კანონმდებლობას, ამ საფუძვლით საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება არ გაუქმდება.⁵⁹

მიუხედავად ამისა, უნდა აღინიშნოს შვეიცარიის ფედერალური ტრიბუნალის *dictum*, რომელმაც, თავდაპირველად, გააუქმა საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება, მიუხედავად გამონათქვამისა *iura novit curia*.⁶⁰

ამ შემთხვევაში ფედერალურმა ტრიბუნალმა, მართლაც, მოუძებნა არბიტრებს ხარვეზი, რადგან ისინი დაეყრდნენ სახელშეკრულებო დებულებას, რომელზეც მხარეები არ უთითებდნენ. ამრიგად, ეს ნამდვილად არ არის მატერიალური სამართლის საკითხი, მაგრამ კანონის გამოყენება ხდება მხარეებისადმი შესაძლებლობის მიცემის გარეშე, რომ თავიანთი წარდგინება გააკეთონ ამ მატერიალურ სამართალზე.⁶¹

საბოლოო ჯამში, აქედან გამომდინარე, შეიძლება ითქვას, რომ საერთაშორისო კომერციული არბიტრაჟის სფეროში არ არსებობს საერთო, ყველა შემთხვევისადმი მისასადაგებელი გადაწყვეტა *iura novit arbiter*-ის პრინციპთან დაკავშირებით. საარბიტრაჟო ტრიბუნალები ფრთხილად უნდა იყვნენ მისი დადებითი და უარყოფითი მხარეების დაბალანსებისას, რათა უზრუნველყონ ჯეროვანი სამართლებრივი პროცედურა და გამოიტანონ აღსრულებადი გადაწყვეტილება.

ამ მიზნების მისაღწევად, საერთაშორისო საარბიტრაჟო პრაქტიკა, როგორც ჩანს, არბიტრაჟებს სთავაზობს, რომ არ დააფუძნონ თავიანთი გადაწყვეტილებები სამართლებრივ არგუმენტებზე, რომლებიც სრულიად განუჭვრეტელი და გაუთვალისწინებელია მხარეებისათვის.

კიდევ ერთხელ, ILA-ს რეკომენდაციები შეიძლება, სასარგებლო იყოს, რადგან ისინი მხარს უჭერს საარბიტრაჟო კოლეგიის პრო-აქტიურ დამოკიდებულებას, რომელმაც უნდა წახალისოს მხარეთა შორის დისკუსია, ყველაფერთან ერთად, *ex officio* დაყენებული სამართლებრივი საკითხების შესახებ, მათთვის განცხადებების წარდგენის გონივრული შესაძლებლობის მიცემით.⁶²

პოლონეთის სავაჭრო პალატასთან არსებული საარბიტრაჟო სასამართლოს უახლესი საარბიტრაჟო წესები (იგივე PCC წესები) შეიცავს, ალბათ, ყველაზე გამბედავ და ამბიციურ დებულებას ამ საკითხთან დაკავშირებით: „საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება არ შეიძლება დაეფუძნოს ისეთ სამართლებრივ საფუძველს, რომელიც რომელიმე მხარეს არ მიუთითებია, თუ საარბიტრაჟო ტრიბუნალი წინასწარ არ აცნობებს მხარეებს და არ მისცემს შესაძლებლობას დააფიქსირონ თავიანთი პოზიცია ამგვარი სამართლებრივი საფუძვლის შესახებ“.⁶³

⁵⁹ Lévy, L., *Iura novit curia? The Arbitrator's Discretion in the application of the Governing Law*, Kluwer Arbitration Blog, 20 March 2009.

⁶⁰ Swiss Federal Tribunal, Judgment of 9 February 2009, Case reference No. 4A_400/2008, ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <www.bger.ch>. უკანასკნელად გადამოწმდა: 16.06.2018.

⁶¹ Lévy, L., დასახ. ნაშრომი 59-ე სქ.

⁶² ILA-ს რეკომენდაცია №6-7-8: „6. ზოგადად [...] არბიტრებმა არ უნდა მიუთითონ სამართლებრივ საკითხებზე - სამართლებრივ შინაარსზე, რომლებიც მხარეებს არ წარმოუდგენიათ და რომელთაც შეიძლება გავლენა ჰქონდეთ დავის შედეგებზე; 7. არბიტრაჟები არ არიან შეზღუდული მხარეთა არგუმენტაციით გამოსაყენებელი სამართლის შინაარსის შესახებ. [...] არბიტრებმა შეიძლება, კითხვები დაუსვან მხარეებს სამართლებრივ საკითხებზე, რომლებიც მხარეებმა წამოაყენეს და მათი წარდგინებების შესახებ, ასევე მტკიცებულებებზე გამოსაყენებელი სამართლის შინაარსის შესახებ; შეუძლიათ, განიხილონ ის წყაროები, რომლებიც მხარეებს არ მოუხმიათ, მაგრამ დაკავშირებულია სამართლებრივ საკითხებთან და შეიძლება, გამჭვირვალე ფორმით, დაეყრდნონ საკუთარ ცოდნას როგორც გამოსაყენებელ სამართალს, რამდენადაც იგი ეხება ამ სამართლებრივ საკითხებს; 8. დასკვნების მიღებამდე და გადაწყვეტილების გამოტანამდე, არბიტრებმა უნდა მისცენ მხარეებს გონივრული შესაძლებლობა, დააფიქსირონ თავიანთი პოზიციები სამართლებრივ საკითხებზე, რაც შეიძლება რელევანტური იყოს საქმის განსახილველად. მათ არ უნდა მიიღონ გადაწყვეტილებები, რომლებიც, სავარაუდოდ, გააოცებს მხარეებს ან რომელიმე მათგანს, ან რომლებიც დაფუძნებულია მხარეთა მიერ წამოუჭრელ სამართლებრივ საფუძველებზე“.

⁶³ Chapter II, General provisions, § 6, No. 2, ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <www.sakig.pl>. უკანასკნელად გადამოწმდა: 16.06.2018.

ამასთან, ნაკლებად ამბიციური მილანის სავაჭრო პალატის რეგულაცია ითვალისწინებს ამ საკითხს მაშინაც კი, თუ იგი შეზღუდულია სამართალწარმოების მიმართ გამოსაყენებელი სამართლით: „ნებისმიერ შემთხვევაში, ჯეროვანი სამართლებრივი პროცედურის პრინციპები და მხარეების მიმართ თანაბარი მოპყრობა უნდა იქნეს დაცული“.⁶⁴

Iura novit arbiter-ის სპეციფიკური პროფილისადმი მწირი საკანონმდებლო და ნორმატიული რეგულირების მიუხედავად და, შედეგად, პროცედურული ჰარმონიზაციის ნაკლებად მოსალოდნელობისა, ერთი მხრივ, კვლავ არ არსებობს იმის საფუძველი, რომ მხარეების მიმართ არ განხორციელდეს სათანადო გაფრთხილება და მათ არ მიეცეთ სრული შესაძლებლობა, გააკეთონ თავიანთი წარდგინებები და, მეორე მხრივ, მიზანშეწონილია ტრიბუნალისთვის, რომ მან თავის თავს მიანიჭოს უფლებამოსილება, განსაზღვროს გამოსაყენებელი სამართალი მხარეთა მიერ შეთანხმებული ნებისმიერი პირობების მიხედვით.⁶⁵

უკიდურეს შემთხვევაში, პრაქტიკული თვალსაზრისით, მხარეებმა უნდა მიაღწიონ შეთანხმებას, რაც შეიძლება სწრაფად, შესაძლოა, პირველივე მოსმენაზე. ფორმულირების მოდელი შეიძლება, იყოს შემდეგი: „საარბიტრაჟო ტრიბუნალმა უნდა გადაწყვიტოს ყველა ფაქტობრივი და სამართლებრივი საკითხი, რომლებიც წარმოიშობა მხარეთა მიერ სათანადოდ წარდგენილ სარჩელებიდან, შეგებებული სარჩელებიდან და შესაგებელიდან, სხვა საკითხთა შორის, თუმცა შეზღუდვად, შემდეგი ისეთი საკითხებით, როგორებიცაა დამატებითი ფაქტობრივი და სამართლებრივი საკითხები, რომლებიც საარბიტრაჟო ტრიბუნალმა, თავისი შეხედულებისამებრ, შეიძლება, გადასაწყვეტად ჩათვალოს მიმდინარე საარბიტრაჟო წარმოების ფარგლებში ნებისმიერი საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გამოტანის მიზნით.“⁶⁶

VII. *Iura novit arbiter* საინვესტიციო ხელშეკრულების არბიტრაჟში

Iura novit arbiter-ის პრინციპის შესაბამისი მახასიათებლების მოკლე ანალიზი, ასევე შეიძლება, გამოსადეგი იყოს საინვესტიციო ხელშეკრულებისადმი.

პირველ რიგში, რადგან საინვესტიციო ხელშეკრულებისას ყოველთვის მიმართავენ საარბიტრაჟო პროცესს, უნდა აღინიშნოს, რომ არ არსებობს არსებითი განსხვავებები მხარეთა ავტონომიასთან დაკავშირებით, კერძოდ, არბიტრაჟისათვის გამოსაყენებელი სამართლის ქვაკუთხედთან დაკავშირებით. ეს არჩევანი, მართლაც, საინვესტიციო ხელშეკრულების არბიტრაჟშიც კი, ბოჭავს მხარეებს.⁶⁷

გამოსაყენებელი სამართლის იდენტიფიცირებასთან დაკავშირებით, აუცილებელია კიდევ რამდენიმე სიტყვის თქმა და გარკვეული განმარტების გაკეთება, რადგან ამან შეიძლება, იქონიოს პრაქტიკული შედეგები.

საინვესტიციო ხელშეკრულებისას, არბიტრაჟში, ხელშეკრულების მხარეები განსხვავდებიან [სხვა] საარბიტრაჟო პროცესის მხარეებისაგან. მართლაც, პირველში არიან ხელშემკვრელი სახელმწიფოები, ხოლო უკანასკნელში ერთ-ერთი ხელშემკვრელი არის სახელმწიფო და ინვესტორი სხვა ხელშემკვრელი სახელმწიფოდან.

აქედან გამომდინარე, საინვესტიციო ხელშეკრულებაში შემავალი საარბიტრაჟო შეთანხმება ისევე, როგორც შესაბამისი სამართლის არჩევანის თაობაზე დებულება, ითვლება საკუთარი ინვესტორების სასარგებლოდ შეთანხმებულად ხელშემკვრელი სახელმწიფოების მიერ.⁶⁸

⁶⁴ მე-2 მუხლი, მე-3 პარ., ხელმისაწვდომია ვებ გვერდზე: <www.camera-arbitrale.it>. უკანასკნელად გადამოწმდა: 16.06.2018.

⁶⁵ *Waincymer, J.*, დასახ. ნაშრომი, მე-14 სქ.

⁶⁶ *Carter, J. H.*, Right and Obligations of the Arbitrator, *Dispute Resolution Journal*, 1997, Vol. 52, No. 1.

⁶⁷ მაგალითად, ICSID კონვენციის 1-ლი პარაგრაფის 42-ე მუხლის 1-ლი ნაწილის მიხედვით, „ტრიბუნალმა უნდა გადაწყვიტოს დავა ისეთი წესების შესაბამისად, როგორზეც შეიძლება მხარეები შეთანხმებულიყვნენ“.

⁶⁸ ეს სიტუაცია ნავარაუდები იყო 1965 წლის ვაშინგტონის კონვენციის მოლაპარაკებების დროს: „თავმჯდომარემ აღნიშნა, რომ [...] მხარეებს, ასევე ჰქონდათ მინიჭებული უფლება გაეწერათ დავისადმი

ამრიგად, საარბიტრაჟო შეთანხმებაში ნებისმიერი შეთანხმებული მექანიზმი, მათ შორის, დავისადმი გამოსაყენებელი სამართალი, ითვლება მხარეების მიერ პირდაპირ არჩეულად. ეს მოსაზრება სხვა არაფერია, თუ არა საინვესტიციო ხელშეკრულებისას არბიტრაჟის შემთხვევაში არბიტრაჟზე თანხმობის ბუნების განხორცილება: მიუხედავად იმისა, რომ არბიტრაჟზე თანხმობა განცალკევებულია დროში, საარბიტრაჟო წარმოების მხარეების მიმართ კვლავ ივარაუდება, რომ მათ განაცხადეს საერთო თანხმობა არბიტრაჟზე, როდესაც ინვესტორმა მიიღო მასპინძელი სახელმწიფოს ზოგადი თანხმობა საარბიტრაჟო განაცხადის შეტანის გზით.⁶⁹

საინვესტიციო ხელშეკრულებისას არბიტრაჟის ეს თავისებური მექანიზმი, დღეს, კარგად არის დანერგილი. საქმეში *Goetz v. Burundi*, საარბიტრაჟო ტრიბუნალმა, *ex multis*, აღნიშნა, რომ „უდავოდ, მკაცრად რომ ვთქვათ, ის, რაც აქ არ არის განსაზღვრული ამ არბიტრაჟის მხარეების მიერ (*Burundi* და ინვესტორები), წარმოდგენილია ორმხრივი შეთანხმებაში ამ მხარეებს შორის (*Burundi* და ბელგია). მხარეების [კლასიკური] თანხმობის მსგავსად, ტრიბუნალმა მიიჩნია, რომ *Burundi*-ს მიერთებით გამოხატულ იქნა თანხმობა გამოსაყენებელ სამართალზე, რაც განისაზღვრებოდა ზემოხსენებული ორმხრივი შეთანხმებაში და რომ მოსარჩელებმა იგივე გააკეთეს, ამ შეთანხმებაზე დაყრდნობით, საარბიტრაჟო განაცხადის შეტანით“.⁷⁰

თუმცა, თუ, ერთი მხრივ, მხარეები ხშირად ვერ ახერხებენ გამოსაყენებელი სამართლის განსაზღვრას, მეორე მხრივ, საქმეების დიდ უმრავლესობაში საინვესტიციო ხელშეკრულებებშიც კი არ არის ნათლად გამოხატული სამართლის არჩევანი.⁷¹

აქედან გამომდინარე, ყურადღება უნდა მიექცეს შესაძლო სცენარებს, რომლებიც განვითარებადია გამოსაყენებელი სამართლის დადგენასთან დაკავშირებით, მხარეთა შეთანხმების არარსებობისას, საინვესტიციო ხელშეკრულების არბიტრაჟის ფარგლებშიც. სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, როგორც ადრე, კითხვა შემდეგია: არის თუ არა (და რამდენად) *iura novit arbiter*-ის პრინციპი გამოსადეგი საინვესტიციო ხელშეკრულებისას არბიტრაჟისათვის არბიტრაჟებისათვის.

ჯერ კიდევ 1979 წელს, საქმეში *BP Exploration Co. (Lybia) v. The Government of the Libyan Arab Republic*, ტრიბუნალმა სრულად აღიარა *iura novit arbiter*-ის წესი და განაცხადა, რომ „არბიტრი უფლებამოსილი და ასევე ვალდებულია, მის მიერ რელევანტურად მიჩნეული სამართლებრივი საკითხის დამოუკიდებელი კვლევა და შეისწავლოს [სამართლებრივი საფუძვლის] საკითხი მოსარჩელის მიერ წარმოდგენილი მასალების ფარგლებს მიღმაც“.⁷²

პირიქით, საქმეში *MINE v. Republic of Guinea*⁷³ [სპეციალურმა] *ad hoc* კომიტეტმა (annulment committee) გამოავლინა ტრიბუნალის მიერ უფლებამოსილების აშკარა გადამეტება და, შესაბამისად, შეზღუდა *iura novit arbiter*-ის პრინციპი საინვესტიციო

გამოსაყენებელი სამართალი. ნებისმიერი პირობა შეიძლება, ჩართულ იქნეს ინვესტორთან შეთანხმებაში, სხვა სახელმწიფოსთან ორმხრივ ხელშეკრულებაში, ან ყველა ინვესტორისადმი ცალმხრივ შეთავაზებაშიც კი, როგორც ეს შეიძლება, გაკეთდეს საინვესტიციო კანონმდებლობის საშუალებით“. იხ. Summary record of proceedings, Addis Ababa Consultative Meetings of Legal Experts, December 16-20, 1963, II Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention, ICSID Publication 1968, Vol. II, part. 1, 267, ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/History%20of%20ICSID%20Convention%20-%20VOLUME%20II-1.pdf>>. უკანასკნელად გადამოწმდა: 16.06.2018.

⁶⁹ *Banifatemi, Y.*, The Law Applicable in Investment Treaty Arbitration, Arbitration under International Investment Agreements: a Guide to the Key Issues, chapter 9, *Yannaca-Small, K.* (ed.), Oxford University Press, 2010.

⁷⁰ ICSID Case No. ARB/95/3, *Antoine Goetz and others v. Republic of Burundi*, award of 10 February 1999, ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C151/DC537_Fr.pdf>. უკანასკნელად გადამოწმდა: 16.06.2018.

⁷¹ საინტერესო სტატისტიკისათვის იხ. *Parra, A.*, Applicable Law in Investor-State Arbitration, Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation, The Fordham Papers 2007, 2008.

⁷² Sole arbitrator Mr. *Lagergren*, 53 ILR 297.

⁷³ ICSID Case No. ARB/84/4, ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C136/DC674_En.pdf>, უკანასკნელად გადამოწმდა: 16.06.2018.

ხელშეკრულებისას არბიტრაჟის სფეროში, როდესაც საარბიტრაჟო კოლეგია იყენებს სამართლებრივ დასაბუთებას დავისადმი გამოსაყენებელი სამართლის ფარგლებს მიღმა.⁷⁴

2006 წელს კიდევ ერთმა სპეციალურმა *ad hoc* კომიტეტმა, კვლავ, გააფართოვა საინვესტიციო ხელშეკრულების არბიტრაჟში *iura novit arbiter*-ის პრინციპის პოტენციური გამოყენების სფერო: „[საარბიტრაჟო ტრიბუნალი], მკაცრად რომ ითქვას, არ არის ვალდებული გამოიყენოს რომელიმე მის წინაშე წარდგენილი მართლწესრიგი, ეს მისთვის მხოლოდ ვარიანტია [...]“.⁷⁵

აქედან გამომდინარე, სამწუხაროდ, როგორც ჩანს, საინვესტიციო ხელშეკრულებისას საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებებში *iura novit curia*-ს თაობაზე საკითხს, პირდაპირ ან ირიბად, წყდება ხოლმე ზედაპირულად მცირედი ანალიზსა და არასაკმარის დასაბუთების გარეშე.⁷⁶

ნებისმიერ შემთხვევაში, წესი, რომელიც მიზნად ისახავს გაუთვალისწინებელი გადაწყვეტილების თავიდან აცილებას (არა მოულოდნელობას) სულ უფრო ძლიერდება საინვესტიციო ხელშეკრულებისას არბიტრაჟის ფარგლებშიც. მაგალითად, საქმეში - *Bogdanov v. Moldova*, ერთპიროვნულმა არბიტრმა განაცხადა, რომ საარბიტრაჟო ტრიბუნალებმა უნდა თავიდან აიცილონ მხარეები „გაოცება გადაწყვეტილებით ისეთ სამართლებრივი საკითხებზე, რომლებიც არ იყო განხილული სამართალწარმოების განმავლობაში“.⁷⁷

VIII. დასკვნები: საუკეთესო პრაქტიკის ჰარმონიზების მნიშვნელობა მოულოდნელი გადაწყვეტილებების თავიდან ასაცილებლად

ორივე სფეროში - საერთაშორისო კომერციულ არბიტრაჟსა და საინვესტიციო ხელშეკრულებისას ნებისმიერ შემთხვევაში, არბიტრაჟშიც პერსპექტიულობის უდავო წინამძღვარია მხარეთა მიერ საარბიტრაჟო დათქმაზე შეთანხმება.

როგორც უკვე ნაჩვენებია წინა მსჯელობებიდან, მხარეების დაცვა (უპირველეს ყოვლისა, ყველაზე სუსტების) გულისხმობს არაპროგნოზირებადი გადაწყვეტილების რისკისაგან დაცვას. აქედან გამომდინარე, რამდენადაც ჯერ კიდევ არ არის დაბალანსებული *iura novit arbiter*-ის გამოყენება, მიზანშეწონილია, ამ საკითხის წინასწარი განხილვა საარბიტრაჟო დათქმის შესახებ მოლაპარაკებებისას.

იურისტს, უკეთესია თუ იგი იქნება შედარებითი სამართლის იურისტი, მართლაც, შეუძლია შეასრულოს, ერთგვარად, არქიტექტორის როლი, რათა დაეხმაროს მხარეებს სათანადო და უსაფრთხო სახელშეკრულებო გზის შემუშავებაში, კერძოდ, ბიზნესპროექტისა, რომელშიც თავმოყრილია ბიზნესმენების მიერ იშვიათად გათვალისწინებული ყველა სამართლებრივი ელემენტი.

ასეთ შემთხვევაში, საარბიტრაჟო დათქმის ფარგლებში, სასარგებლო იქნებოდა მხარეებისათვის იმ შესაძლებლობის უზრუნველყოფა, რომ წარმოადგინონ თავიანთი

⁷⁴კომიტეტმა დაადგინა: „ამრიგად, შეთანხმებული სამართლის უგულვებლყოფა ტრიბუნალის მიერ იქნებოდა მიმართვის პირობებიდან გადახვევა, რომლის ფარგლებშიც არის ტრიბუნალი უფლებამოსილი შეასრულოს ფუნქცია. ასეთი გადახვევის მაგალითები მოიცავს სხვა სამართლის ნორმის გამოყენებას, გარდა მხარეების მიერ შეთანხმებულისა, ან გადაწყვეტილება, რომელიც არ არის დაფუძნებული რომელიმე სამართალზე, გარდა იმ შემთხვევისა, როცა მხარეები დათანხმდნენ *ex aequo et bono* გადაწყვეტილების გამოტანას“.

⁷⁵ICSID Case No. ARB/99/7, Mr. Patrick Mitchell v. The Democratic Republic of Congo. ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0537.pdf>>.

მსგავსად, ამისა საქმეში *CME Czech Republic B.V. v. Czech Republic*: „ეს არ ნიშნავს იმას, რომ ტრიბუნალი ვალდებულია შეისწავლოს, მოიძიოს და გამოიყენოს ეროვნული კანონმდებლობა, რომელიც არ ყოფილა მხარეთა მიერ შეცვლილი ან მოხსენიებული, იდენტიფიცირებული მხარეების და ტრიბუნალის მიერ როგორც არსებითი ტრიბუნალის მიერ გადაწყვეტილების გამოსატანად“, Stockholm, Sweden, UNCITRAL Arbitration Proceedings, ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0180.pdf>, უკანასკნელად გადამოწმდა: 16.06.2018.

⁷⁶ *Bigge, D.M.*, *iura novit curia* in Investment Treaty Arbitration: May? Must?, *Kluwer Arbitration Blog*, 29 December 2011.

⁷⁷ *Bogdanov v. Moldova*, Stockholm Chamber of Commerce, SCC Case No. 93/2004, ციტირებული *Bigge, D.M.*, დასახ. ნაშრომი 75-ე სქ.

მითითებანი განსაზღვრული პერიოდის განმავლობაში; ან შესაძლებლობა (თუმცა ასევე, ტვირთი) წარმოადგინონ თავიანთი მითითებანი ზეპირად მომდევნო პირველივე მოსმენაზე.

დასკვნისათვის, ავტორის აზრით, დამტკიცებულია, რომ არბიტრაჟი არის მომსახურების სფერო, რომლის შემდგომი განვითარება დამოკიდებულია მისი მომხმარებლების ნდობასა და თანხმობაზე. მათთვის, მეტად სავარაუდოდ, მისაღები იქნება საარბიტრაჟო ტრიბუნალის გადაწყვეტილება, თუ შეეძლებათ მიჰყვნენ დასაბუთებას და არ აღმოჩნდნენ გაცეხულნი სამართლებრივი შეფასებებით, რომლებიც ეფუძნება, საქმის განხილვისას, მათ მიერ მიუთითებელ სამართლებრივ საფუძვლებს.⁷⁸

ბიბლიოგრაფია

1. *Banifatemi, Y.*, The Law Applicable in Investment Treaty Arbitration, Arbitration under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues, chapter 9, *Yannaca-Small, K.* (ed.), Oxford University Press, 2010.
2. *Baum, A.*, Reconciling Anglo-Saxon and Civil Law procedure: The Path to a Procedural *lex arbitratoris*, Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century, Liber amicorum Karl-Heinz Backstiegel, Koln, 2001.
3. *Bigge, D.M.*, *Iura novit curia* in Investment Treaty Arbitration: May? Must? Kluwer Arbitration Blog, 29 December 2011.
4. *Boris, C.*, The Reconciliation of Conflicts Between Common Law and Civil Law Principles in the Arbitration Process, *Frommel, S. N.* and *Rider, B. A. K.*, Conflicting Legal Cultures in Commercial Arbitration, The Hague, 1999.
5. Born, G., International Commercial Arbitration – Commentary and Materials, New York, 2006.
6. *Borroni, A.*, Neo-Contractualism and Comparative Law, published for the Essays in Honor of *Saul Litvinoff's*, ed. Moreteau, Romanach, Zuppi, 2008.
7. *Bryant, A. C.*, Foreign Law as Legislative Fact in Constitutional Cases, in 2011 BYU L. Rev.
8. *Calamandrei, P.*, Il giudice e lo storico, in Studi sul processo civile.
9. *Caldwell, P. S.*, Arbitration Procedures: Harmonisation of Basic Notions: Differing Approaches, Globalization and Harmonization of the Basic Notions in International Arbitration, IFCAI Conference, Honk Kong International Arbitration Centre, 1996.
10. *Carbone, S. M.*, *Iura novit curia* e arbitrato commerciale internazionale, in Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale, 2010, No. 2.
11. *Carter, J. H.*, Right and Obligations of the Arbitrator, Dispute Resolution Journal, 1997, Vol. 52, No. 1.
12. *De Ly, F.*, *Friedman, M. W.*, *Di Brozolo, L. G. R.*, Ascertaining the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration", International Law Association, Committee on International Commercial Arbitration, Report for the Biennial Conference in Rio de Janeiro, 2008, 17, Arbitration International, vol. 26, issue 2, 1 June 2010.
13. *Derains, Y.*, Observations, in Revue de l'arbitrage, 1998,
14. *Franchi, G.*, La Perizia Civile, Padova, 1957/9.
15. *Gaillard, E.*, Aspects Philosophiques du Droit de l'arbitrage International, in Recueil des Cours, 2008.
16. *Gaillard, E.*, Thirty Years of *lex mercatoria*: Towards the Selective Application of Transnational rules, ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, October 1995, Vol. 10, issue 2.

⁷⁸ *Wiśniewski C., Zielińska, A.*, Who Should Know the Law: The Arbitrators or the Parties? Kluwer Arbitration Blog, 3 October 2016.

17. *Geradin, D. –Villano, E.P., Iura Novit Curia Stealing the Limelight (Again)*, Kluwer Arbitration Blog, 22 april 2016.
18. *Kaufmann-Kohler, G., Globalization of Arbitral Procedure*, Vanderbilt Journal of Transnational Law, 2003, vol. 36.2.
19. *Kaufmann-Kohler, G., The Arbitrator and the Law: Does he/she Know it? Apply it? How? And a Few More Questions*, in *Arbitration International*, 2005, vol. 21, No. 4.
20. *Lévy, L., Iura novit curia? The Arbitrator's Discretion in the application of the Governing Law*", Kluwer Arbitration Blog, 20 March 2009.
21. *Lew, J. D. M., Achieving the dream: Autonomous Arbitration*, *Arbitration International*, 2006.
22. *Mayer, P., Reflections on the International Arbitrator's Duty to Apply the Law*, in *LCIA Arbitration International*, 2001, vol. 17, No. 3.
23. *Melendo, S. S., El Juez y el Derecho*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1957.
24. *Mosconi, F., Campiglio, C., Diritto Internazionale Privato*, Utet Giuridica, 2006.
25. *Parra, A., Applicable Law in Investor-State Arbitration*, *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation, The Fordham Papers 2007, 2008*.
26. *Rotem, Y., Foreign law as a distinctive fact – To Whom Should the Burden of Proof be Assigned*, in *Chicago Journal of International Law*, 2014, vol. 14, No. 2.
27. *Rubino Sammartano, M., International Arbitration Law and Practice*, third edition, 2014.
28. *Rubino Sammartano, M., L'arbitrato Internazionale*, 198/79.
29. *Sommerich, O. C., Busch, B., The Expert Witness and the Proof of Foreign Law*, in 38 *Cornell L.Q.* 125, 1953.
30. Summary record of proceedings, Addis Ababa Consultative Meetings of Legal Experts, December 16-20, 1963, II Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention, ICSID Publication 1968, Vol. II, part. 1.
31. *Tunik, D. E., Default Proceedings in International Commercial Arbitration*, in *International Arbitration Law Review*, vol. I, issue 2, 1998.
32. *Von Mehren, A. T., International Commercial Arbitration and the Conflict of Laws*, in *The American Review of International Arbitration*, 1992, vol. 3.
33. *Waincymer, J., International Arbitration and the Duty to Know the Law*, in *Journal of International Arbitration*, 2011, vol. 28, issue 3.
34. *Wiśniewski, C., Zielińska, A., Who should Know the Law: The Arbitrators or the Parties?* in *Kluwer Arbitration Blog*, 3 October 2016.

***Iura novit arbiter* in International Disputes: How to Prevent Unforeseeable Legal Findings**

Abstract

If ever there was a globalized world, we are experiencing it! In this fervently interconnected and accelerated world, the main purpose of companies and businessmen is to continue their business.

In such a context, ruled by the “business as usual”, arbitration increasingly appears to be a certainly less traumatic way of resolving a dispute and then an ideal comfort neutral room for players from different countries and with distant backgrounds.

However, its attractive nature of the private process must be combined with the jurisdictional functions that the arbitrators have to accomplish anyhow.

The balance between these two factors (namely, the substantially private nature of the arbitral process and the jurisdictional role of the arbitrators) will lead to the result, positive or negative, of this choice made by the parties.

For these reasons, they should have all the skills to build, with the precious support of their lawyers, a valuable product.

This short article aims at highlighting the role of the principle “*iura novit curia*” in the modern international arbitration, since the election of the applicable law, as well as its ascertainment, are two of the most challenging tasks for the arbitrators to deliver a satisfactory service.

I. Introduction

The principle *iura novit curia* literally means "the judge knows the law".² Certainly, this concept evolves from another and more ancient rule according to which the judge must apply the law *ex officio*: “*da mihi facta dabo tibi ius*”.³

According to *Vinnio*, the expression *iura novit curia* was born accidentally in Gaul, when a judge, tired of a lawyers' long legal disquisition, exclaimed: “*venite ad factum, curia novit ius!*”.⁴

In the modern processual context, the adage *iura novit curia* is universally recognized concerning the *lex fori*.

According to legal scholars⁵, today the judge should be erudite, since his duty to know the law is inherent to the function of deciding a dispute.

¹ *Edoardo Gandini* is a civil lawyer in Italy. He worked as legal advisor for the European Commission and for some American, European and African NGOs. He graduated in Law at the University of Pavia and earned a Master in International Cooperation at ISPI, Milan.

²As it will be observed *infra* “This formula makes a lot of sense when it concerns domestic law. It might be less obvious when the formula refers to foreign law. This is a very sensitive issue for the international arbitrator who has no *lex fori*”. *Rubino Sammartano, M.*, International Arbitration Law and Practice, third edition, 2014, 684.

³Which could be rephrased as “give me the facts and I will give you the law”, translation of this author.

⁴*Melendo, S. S.*, El Juez y el Derecho, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1957. The author, however, warns about the judge who interrupts the lawyers: it could be nothing more than a fantasy, as the legal principles were not born in a moment but were expressions of slower processing.

⁵ *Franchi, G.*, La Perizia Civile, Padova, 1959, 107.

The topic of the discussion inevitably moves to the axis *novisse-noscere*, namely wondering if the judge always must know the law or if his duty consists also in reaching this knowledge.

In the effective law-in-action practice, this question arises whenever the judge finds himself dealing with a body of rules unknown to him – not an infrequent situation.

In these cases, the legal interpreter, like a historian, should make use of all available means to ascertain the content of the law.⁶

Certainly, every legal system disciplines, in its way, how the judge may acquire the knowledge of the body of rules that should govern the case.

However, concerning domestic legislation, the *iura novit curia* leads to the conclusion that the judge is free to and should endeavor to ascertain the content of the law, even if he does not have the concrete cognition of the relevant rules required to resolve the dispute.

II. Civil law and Common law: two distinct approaches concerning foreign law

The situation is more heterogeneous if a dispute includes any connecting factor with another legal system and this, due to so-called conflict of laws rules, leads to the application of foreign law.⁷

Indeed, the legal systems, that traditionally imply different approaches, like, for example, the distinction between civil law and common law Countries, usually arrive at different answers to the question of whether the judge could or even should ascertain the content and so apply the foreign law *ex officio*.

From the civil law perspective, the Courts have the power to determine the content of the foreign body of rules and to apply it *motu proprio*, regardless of the initiative of the parties; while within the common law tradition, the first step of the parties is required and, thus, they will have to give evidence also of the content of the alien legislation exactly as they should prove the fact.

In other words, the *civil law* tradition deems that the rules of conflict which refer to foreign regulations are able to integrate them within its own legal system; instead, on the other hand, the common law tradition considers the identification of the law of a foreign country as a mere *quaestio facti*.⁸

Indeed, through a short comparative analysis, it is easy to determine, for example, that in Germany both legal literature and Courts' decisions agreed upon considering the foreign law as a *quaestio iuris*. Article 293 of the German Code of civil procedure⁹ implies the full application of the *iura novit curia* and, consequently, the duty for the Court to determine the content of the foreign law *sua sponte*.

⁶ Calamandrei, P., Il giudice e lo storico, Studi sul processo civile, 33. According to the Author, the principle *iura novit curia* does not only mean that the judge, as public officer, has the duty to know the law even if the parties ignore or misunderstand it, but also means that he has, like any private citizen, the power to implement, even outside the proceedings, all the means of research that a scholar may use to reach the knowledge of the law in force.

⁷ Wiśniewski, C., Zielińska, A., Who should Know the Law: The Arbitrators or the Parties? Kluwer Arbitration Blog, 3 October 2016.

⁸ Mosconi, F., Campiglio, C., Diritto Internazionale Privato, 2006, Utet Giuridica, 173.

⁹ Section 293 of German ZPO states that: "The laws applicable in another state, customary laws, and the statutes must be proven only insofar as the court is not aware of them. In making inquiries as regards these rules of law, the court is not restricted to the proof produced by the parties in the form of supporting documents; it has the authority to use sources of reference as well, and to issue the required orders for such use".

Assessing the applicable foreign law as a “rule of law”¹⁰, Article 293 of the German Code shows a clear distinction between the foreign law and the simple facts of the dispute.

In Switzerland, Article 16 of private international Law reveals that the principle *iura novit curia* is fully applicable.¹¹

In Italy, with respect to the foreign law, it is Article 14 of the Private International Law¹² that gives legal force to the *iura novit curia*: hence, the Courts are compelled to point out and to apply the applicable foreign rule exactly as it was a national one, and, therefore, it does not lose its own nature of a matter of law.¹³

Within the *common law* tradition the situation is reversed and the foreign law is a question of fact to be proven by the parties.¹⁴ In other words, the *iura novit curia* does not encompass foreign law¹⁵ and if one of the parties bases its thesis on an alien body of rules, it also has the burden of proof as any other fact-finding issue.¹⁶

Therefore, it is possible to state that in the common law tradition, the foreign law is treated as an adjudicative rather than legislative fact. In other words, it is considered as a fact, the ascertainment of which is necessary for the adjudication of only the particular dispute between the litigating parties.¹⁷

III. From *iura novit curia* to *iura novit arbiter*

Moving now to the heart of this short essay, the questions that arise are: is the rule *iura novit curia* suitable to play its role within the scenario of international commercial arbitration? And, if yes, to what may be the extent of *iura novit arbiter*?

First, we ought to bear in mind that what the law represents for the arbitrator may be very different than what it represents for the judge¹⁸: domestic rules about the determination of the applicable law are not necessarily suitable for international arbitration and this is inferable by analysing some of the main differences between the positions of the arbitrators and those of the judges.¹⁹

¹⁰ Literally: rechtsnormen.

¹¹ Article 16 of Swiss Private International Law [Code] says: “The contents of the foreign law shall be established by the authority of its own motion. For this purpose, the cooperation of the parties may be requested. In matters involving an economic interest, the task of establishing foreign law may be assigned to the parties“. See also *Bryant, A. C.*, Foreign Law as Legislative Fact in Constitutional Cases, *BYU L. Rev.* 1005 2011.

¹² Law No. 218 of 31 May 1995.

¹³ *Mosconi, F., Campiglio, C.*, supra note 7, 174.

¹⁴ *Waincymer, J.*, International Arbitration and the Duty to Know the Law, *Journal of International Arbitration*, 2011, vol. 28, issue 3.

¹⁵ *De Ly, F., Friedman, M. W., Di Brozolo, L. G. R.*, Ascertaining the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration", *International Law Association, Committee on International Commercial Arbitration, Report for the Biennial Conference in Rio de Janeiro, 2008*, 17. Available in *Arbitration International*, vol. 26, issue 2, 1 June 2010.

¹⁶ For a historical review of this rule, see *Sommerich, O. C., Busch, B.*, The Expert Witness and the Proof of Foreign Law, 38 *Cornell L.Q.* 125, 1953, 127-128.

¹⁷ *Rotem, Y.*, Foreign Law as a Distinctive Fact – To Whom Should the Burden of Proof be Assigned, *Chicago Journal of International Law*, vol. 14, No. 2, 2014, article 8, 629. See also *Born, G.*, *International Commercial Arbitration – Commentary and Materials*, New York, 2006.

¹⁸ *Mayer, P.*, Reflections on the International Arbitrator's Duty to Apply the Law, *LCIA Arbitration International*, 2001, vol. 17, No. 3, 236.

¹⁹ *De Ly, F., Friedman, M. W., Di Brozolo, L. G. R.*, supra note 14.

First of all, the decision-making power of the arbitrator, a real *iudex privatus*, stems from a specific consensus among the parties who choose to devolve the (future) dispute to arbitration rather than to national courts.²⁰

Moreover, the nature of (international commercial) arbitration strongly emphasizes the autonomy of the parties; on the other hand, the arbitration clause may be pinpointed as a contract in the contract and, certainly, herein it is not necessary to refer to the discipline of the contractual autonomy of the parties.²¹

Due to this wide autonomy, the contractual parties are also free to choose the applicable law to the same contract.

But what happens if, not an uncommon case, the parties do not intend to make – or fail in the attempt – a choice?

The opinion of those who excluded the relevance of the *iura novit curia* in international arbitration²² nowadays is less supported and both legal scholars and jurisprudence are inclined to considering this principle functioning also in the international arbitration context.

Secondly, State courts have precise rules concerning the identification of the applicable body of rules and the ascertainment of its content; the judge is bound by his own system of private international law, either in case of choice made by the parties or in case of no choice.

Conversely, in the sphere of international arbitration, in many cases arbitrators have the task of electing the applicable law within a number of different ones in competition with each other. Besides, international arbitrators are often called upon to apply laws different than the one in which they are professionally qualified and usually practice.²³

It would be possible to argue that arbitrators are also bound, in case of choice made by the parties, for what concerns the identification of the applicable law.

However, even in the cases in which they face an electing applicable law clause, arbitrators always preserve a certain amount of freedom to assess the validity of that clause.²⁴

²⁰In the ambit of international trade, it is widely recognized that arbitration presents significant pros such as, for example: speed, flexibility, wide autonomy, confidentiality.

²¹About the contract and the due respect for the autonomy of the parties, see *Borroni, A.*, Neo-Contractualism and Comparative Law, published for the Essays in Honor of *Saul Litvinoff's*, (ed.), Moreteau, Romanach, Zuppi, 2008, 431. In the opinion of the Author, already the “classical contract theory was organised around the will theory of contract, which held that a contract represents an expression of the will of the contracting parties and for that reason should be respected and enforced” as well as, after the evolution of the patterns of business relationships, also with the neoclassical theory of contract, the agreement between the parties deserves the same respect.

²²See *Derains, Y.*, Observations, *Revue de l'arbitrage*, 1998, 711: “l'adage *iura novit curia* n'a pas de place en matière d'arbitrage et surtout en matière d'arbitrage international”.

²³“Reflecting back on the cases in which I have been involved as an arbitrator, and certainly forgetting some of them, I realized that I have resolved disputes under German, French, Polish, Hungarian, Portuguese, Greek, Turkish, Lebanese, Egyptian, Tunisia, Moroccan, Sudanese, Liberian, Korean, Thai, Argentinean, Colombian, Venezuelan, Illinois, New York... and Swiss law. Do I know these laws? Except for New York law, which I learned many years ago and would not pretend to know now, and Swiss law, which I practise, although not often as you see, the answer is clearly no. So how did I apply a law unknown to me? By ignoring it? By focusing on the facts and the equities? How did I become educated in law? How did counsel teach me?”. *Kaufmann-Kohler, G.*, The Arbitrator and the Law: Does he/she Know it? Apply it? How? And a Few More Questions, *Arbitration International*, 2005, vol. 21, No. 4, 631.

²⁴The autonomy of the arbitration clause, even if it was not implemented in the New York Convention, is now almost universally recognized in international arbitration. See, for example, Article 16, par. 1, of *Uncitral Model Law*: “The arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement. For that purpose, an arbitration clause which forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. A decision by the arbitral tribunal that the contract is null and void shall not entail ipso iure the invalidity of the arbitration clause”.

Thirdly, arbitrators do not have a *lex fori* (at least regarding the substantive law) and this leads to alternative solutions if the content of the applicable law is not easily ascertainable.²⁵

IV. The arbitration as an international jurisdiction

Within the international arbitration there is no room for recognizing a real competent forum and, indeed, it is to be considered an a-domestic instrument. This condition has an immediate consequence: it implies the impossibility of identifying a national law able to exclude all the other ones, which should be defined as foreign laws as it happens within the ordinary jurisdiction.

Furthermore, it also should be noted that, even concerning the procedural law, there is no a *lex fori* that binds the arbitrators like the judge. Hence, it should be emphasized that there is nothing to prevent the parties from deciding that the arbitration is governed partly by a certain procedural law and partly by another procedural law.²⁶

Arbitrator Mr. Phyton, on the one hand, considered to be applicable the procedural law agreed upon by the parties, and, on the other, applied the Swiss civil procedure law because "loi du lieu du siège de l'arbitrage".²⁷

Such a multiplicity of applicable national procedural rules should, in itself, confer internationality to arbitration, precisely from the procedural perspective. And the international nature of arbitration subsists, *a fortiori*, if the parties have not referred to any particular procedural system, but have restricted to electing as applicable an arbitral regulation.

The non-linking of the ICC Regulation to a national procedural law has been affirmed in the award in which the chairman of the arbitration panel Mr. J. De Aréchaga, responding to the plea of non-compliance of the Regulation with the national procedural law, raised with the aim of making the second one prevailing, he argued that, since there is an incompatibility between some of the rules of the Brazilian Code of civil procedure and the ICC Regulation concerning some procedural issues, the Brazilian provisions were intended exclusively for domestic arbitrations.²⁸

Legislators have, at different times, embraced this nature of international arbitration.²⁹

In 1985 the Supreme Court of the United States pointed out³⁰ that an arbitral tribunal, having no particular duties binding it to the application of a specific national procedural law, has no obligation to justify the application of its own regulation.

The pieces of legislation about arbitration do not specify how the arbitrators should ascertain the content of the applicable law, but there are some exceptions to this legislative silence.

²⁵ De Ly, F., Friedman, M. W., Di Brozolo, L. G. R., supra note 14.

²⁶ Sammartano, R. M., L'arbitrato Internazionale, 198/79, 70.

²⁷ Asling Trading Co. v. Gracia, 1954; mentioned also in the award B.P. Exploration Company (Libia) v. Government of the Arabic Republic of Libya, Copenhagen 10.10.1973, Revue de l'Arbitrage, 1980, 119.

²⁸ In the case ICC No. 4695/84, Yearbook Commercial Arbitration, 1986, 149, the arbitral tribunal wrote that "The specific and the explicit choice of the ICC Rules in respect of those procedural matters which concern the constitution of the arbitral tribunal and the initiation of proceedings, necessarily excludes, in respect of an international commercial contract, the application of certain procedural requirements contained in arts. 1073 and 1074 of the Brazilian Code of Civil Procedure, which are incompatible with the ICC Rules and were obviously designed to apply only to purely Brazilian or domestic arbitrations".

²⁹ Von Mehren, A. T., International Commercial Arbitration and the Conflict of Laws, The American Review of International Arbitration, 1992, vol. 3, 60. Furthermore, international commercial arbitration has become increasingly distinguished by its independence from every national legal systems. Consequently, the existence of its own discipline emerged "selon une démarche caractéristique de la représentation de l'arbitrage admettant l'existence d'un ordre arbitral autonome". See Gaillard, E., Aspects Philosophiques du Droit de l'arbitrage International, Recueil des Cours, 2008.

³⁰ In the case Mitsubishi Motors Corporation (Japan) v. Soler Chrysler-Plymouth Inc. (U.S.), U.S. Supreme Court, 2 July 1985, (Yearbook Commercial Arbitration, 1986, vol. 11, 555): "The international arbitration tribunal owes no prior allegiance to the legal norms of particular states; hence, it has no direct obligation to vindicate their statutory dictates".

One of these is represented by Article 1044 of the Dutch Code of Civil Procedure³¹ which envisages the recourse by the arbitral tribunal to the mechanisms for ascertaining the foreign law provided for by the European Convention on Information on Foreign Law of 1968.

Another one is Section 27, par. 2, of the Danish Arbitration Act³² and a third is Article 34, par. 1 and 2. lett. (g), of the 1996 English Arbitration Act.³³

Like national laws, also arbitral regulations do not dwell on this issue. However, some exceptions are represented, for example, by Article 22, par. 1, (iii), of LCIA Rules³⁴, by Article 27, par. 1, of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce³⁵ and by Article 21 of ICC Rules³⁶.

Anyway, the lack of specific indications may be replaced by the activity of the parties. If, on the one hand, it is highly infrequent that the parties include in the contract any instructions about how the arbitral tribunal will have to proceed with the determination of the content of the applicable law, on the other, it may happen that the parties come to an agreement during the arbitration proceedings, perhaps with the help and cooperation of the arbitral panel.³⁷

However, it is much more likely that the arbitrators decide how to ascertain the content of the applicable law without any indication or legislative and/or regulatory aid.

The wide freedom granted to arbitrators highlights that a fault in the application of the law might not be deemed a sufficient reason to deny recognition or enforcement of an award according to

³¹Article 1044 of the Dutch Code of Civil Procedure states that: "Request for information on foreign law: 1. The arbitral tribunal may, through the intervention of the President of the District Court at The Hague, ask for information as mentioned in article 3 of the European Convention on Information on Foreign Law, concluded in London, 7 June 1968. The President shall unless he considers the request to be without merit, send the request without delay to the agency mentioned in article 2 of said Convention and notify the arbitral tribunal thereof. 2. The arbitral tribunal may suspend the proceedings until the day on which it has received the answer to its request for information".

³²Section 27, par. 2, of the Danish Arbitration Act says: "If the arbitral tribunal considers that a decision on a question of European Union law is necessary to enable it to make an award, the arbitral tribunal may request the courts to request the Court of Justice of the European Communities to give a ruling thereon".

³³Article 34 of the 1996 English Arbitration Act states that: "[par. 1] It shall be for the tribunal to decide all procedural and evidential matters, subject to the right of the parties to agree any matter. [par. 2] Procedural and evidential matters include [lett. (g)] whether and to what extent the tribunal should itself take the initiative in ascertaining the facts and the law".

³⁴Article 22 of LCIA Rules: "[par. 1] The arbitral tribunal shall have the power, upon the application of any party or upon its own initiative, but in either case only after giving the parties a reasonable opportunity to state their views [...] the arbitral tribunal may decide [lett. (c)] to conduct such enquiries as may appear to the arbitral tribunal to be necessary or expedient, including whether and to what extent the arbitral tribunal should itself take the initiative in identifying relevant issues and ascertaining relevant facts and the law(s) or rules of law applicable to the arbitration agreement, the arbitration and the merits of the parties' dispute".

³⁵Article 27 of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce: "The arbitral tribunal shall decide the merits of the dispute on the basis of the law(s) or rules of law agreed upon by the parties. In the absence of such agreement, the arbitral tribunal shall apply the law or rules of law that it considers most appropriate".

³⁶Article 21 of ICC Rules says: "[par. 1] The parties shall be free to agree upon the rules of law to be applied by the arbitral tribunal to the merits of the dispute. In the absence of any such agreement, the arbitral tribunal shall apply the rules of law which it determines to be appropriate. [par. 2] The arbitral tribunal shall take into account of the provisions of the contract, if any, between the parties and of any relevant trade usages".

³⁷*Kaufmann-Kohler, G.*, supra note 22, Author suggests: "The parties shall establish the content of the law applicable to the merits. The arbitral tribunal shall have the power, but not the obligation, to conduct its own research to establish such content. If it makes use of such power, the tribunal shall give the parties an opportunity to comment on the results of the tribunal's research. If the content of the applicable law is not established with respect to a specific issue, the arbitral tribunal is empowered to apply to such issue any rule of law it deems appropriate". Furthermore, it may always happen that the parties, when ascertaining the content of the applicable law is difficult, decide to adjust their agreement.

the New York Convention.³⁸ Hence, an award will be hardly questionable simply because the arbitral panel erred in ascertaining the contents of the applicable law.

Therefore, trying to answer if the referee should know the law (or, "*iura novit arbiter?*"), it should be considered that the arbitrators are entrusted with the power-duty to ascertain the contents of the applicable law, as, moreover, it seems, for example, confirmed by the same provisions regarding the applicable law to contractual obligations (i.e., Rome I) albeit within the limits referred to in Article 1, paragraph 3, of Regulation (EC) no. 593/2008.

Whence, considering the logic of the procedure and the structure of the arbitration syllogism, it is excluded that the content of the law may be equated with a factual issue.³⁹

Besides, in recent decades we have witnessed a powerful harmonizing wave in different Countries, describable as "globalization of arbitration".⁴⁰ It evolves with the New York Convention and went ahead with UNCITRAL Arbitration Rules, the Model Law, the regulation of many arbitration institutions and various relevant national laws.

This convergence of disciplines has proved to be a valuable tool for the appearance of a standard or, better, an international arbitration procedure.⁴¹ This "globalization" should not surprise: international arbitration represents a place where actors with distant backgrounds meet and work with the common purpose of resolving a dispute.

From this perspective, highlighting a further peculiarity of international commercial arbitration is required: arbitration panels ought to bear in mind that they are dealing with international disputes and interpret the rule of law also in light of international practice and, above all, give the maximum possible effect to the intentions of the parties. Sometimes, the freedom of arbitrators – and, consequently, the flexibility of arbitration – goes even further. Indeed, if the parties have referred to the common international commercial practice, the arbitrators may or should also decide to apply the rules included in the so-called *lex mercatoria*.⁴²

Another aspect to be underlined is that "arbitrators attempting to ascertain the contents of applicable law should bear in mind that the rules governing the ascertainment of the contents of law by national courts are not necessarily suitable for arbitration [...] in particular, arbitrators should not rely on unexpressed presumption[s]".⁴³

Among these, for example, if it was not possible to ascertain the content of the applicable law, then it will not be extended to the arbitration the presumption of identity of such content with those of the

³⁸The New York Arbitration Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, New York, 10 June 1958, available at <<http://www.newyorkconvention.org/>>. Last visited: 16.06.2018.

³⁹*Carbone, S. M., Iura novit curia e arbitrato commerciale internazionale*, Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale, 2010, No. 2, 353.

⁴⁰*Kaufmann-Kohler, G., Globalization of Arbitral Procedure*, Vanderbilt Journal of Transnational Law, 2003, vol. 36.2, 1331.

⁴¹On this topic, in particular, see: *Baum, A., Reconciling Anglo-Saxon and Civil Law procedure: the Path to a Procedural lex arbitrationis*, Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century, Liber amicorum Karl-Heinz Backstiegel, Köln, 2001, 21; *Boris, C., The Reconciliation of Conflicts Between Common Law and Civil Law Principles in the Arbitration Process*, *Frommel, S. N., Rider, B. A. K., Conflicting Legal Cultures in Commercial Arbitration*, The Hague, 1999, 1; *Caldwell, S., Arbitration Procedures: Harmonisation of Basic Notions: Differing Approaches, Globalization and Harmonization of the Basic Notions in International Arbitration*, IFCIAI Conference, Honk Kong International Arbitration Centre, 1996, 101.

⁴²About *lex mercatoria*, see *Gaillard, E., Thirty Years of lex mercatoria: Towards the Selective Application of Transnational rules*, ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, October 1995, Vol. 10, issue 2, 208.

⁴³Recommendation No. 4, Resolution No. 6/2008, Conference of the International Law Association in Rio de Janeiro, 2008, see supra footnote no. 14.

lex fori: and this is due to the crucial reason that, as already mentioned, in international commercial arbitration there is no foreign law and there is no a real and effective jurisdiction able to exclude any possible connection with a national legal system.⁴⁴

In those cases, the motto *iura novit arbiter* allows the arbitrators to apply *ex officio* the principles and rules usually arisen in the ambit of the *lex mercatoria* "selon une démarche caractéristique de la représentation de l'arbitrage admettant l'existence d'un ordre arbitral autonome".⁴⁵

V. The balance between the applicable law and legal findings raised *motu proprio* by the arbitrators

Even though great flexibility is granted to the arbitrators for the determination of the content of the applicable law, it is to be remarked that this power could be strengthened or circumscribed with a clear and precise agreement of the parties.

However, as already mentioned and as noted during the International Law Association Conference⁴⁶, the parties are hardly inclined to include precise recommendations and instructions about how the arbitration panel will have to ascertain the content of the specific rules and/or the discipline concretely applicable to the dispute.⁴⁷

Indeed, the attitude of businessmen is usually more focused on the strictly economic clauses, such as, for example, the price, the quantity, quality and delivery of goods, rather than on the legal elements.⁴⁸

Nevertheless, even without an (accurate) *electio iuris* made by the parties, the effects of the principle *iura novit arbiter* cannot be considered to be entirely devoid of limits.

Indeed, the arbitrators' wide discretion should be balanced with the general principle of *due process*, as well as the ensuing limit of *no surprise*.

Article 9.1, lett. (b), of the Geneva Convention⁴⁹ guarantees the parties the opportunity to present their own cases (i.e., to support their reasons) within the arbitral proceedings: in other words, the arbitration panel should not surprise a party (or the parties) by applying *ex officio* a provision to which the parties have not referred to or, anyway, unpredictable and unforeseeable.

Therefore, if the arbitral tribunal considers that the dispute should be decided through legal findings and/or by applying rules different than those invoked by the parties, then it ought to inform the parties to avoid surprising them.⁵⁰

These situations may arise, for example, when and if the arbitrators deem that the dispute should not be decided in accordance with the provisions of the contract or with the law chosen by the parties, but on the basis of a totally different body of rules: the principle of due process requires that the arbitral tribunal notify the parties and give them full chance to present their reasons. Similarly, it could happen that, due to the peculiar perspective of *iura novit curia* within the international arbitration, the arbitrators consider *lex mercatoria* as applicable law even if this is

⁴⁴Carbone, S. M., supra note 38.

⁴⁵*Ex pluribus*, Lew, J. D. M., Achieving the dream: Autonomous Arbitration, Arbitration International, 2006, 179.

⁴⁶De Ly, F., Friedman, M. W., Di Brozolo, L. G. R., supra note 14.

⁴⁷Carbone, S. M., supra note 38, 360.

⁴⁸Borroni, A., supra note 20.

⁴⁹Article 9.1, lett. (b), of the Geneva Convention: "[...] the party requesting the setting aside of the award [...] was otherwise unable to present his case"; similarly, Article 18 of Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration: "The parties shall be treated with equality and each part shall be given a full opportunity of presenting his case" and Article 22, par. 4, of ICC Rules: "In all cases, the arbitral tribunal shall act fairly and impartially and ensure that each party has a reasonable opportunity to present its case".

⁵⁰Tunik, D. E., Default Proceedings in International Commercial Arbitration, International Arbitration Law Review, vol. I, issue 2, 1998, 90.

not expressly mentioned, nor elected by the parties: again, the arbitral tribunal should inform the parties in order to give them a chance to present their reasons on this extremely delicate point.

VI. Duty of information or discretion of information: a short comparative analysis

However, arbitration courts do not always abide by this "duty of information" and its consequences may be different among various jurisdictions and this seems to be due to a still far-reaching harmonization between legislation as well as between arbitration rules.

In 2016 the Court of Appeal of Paris, in the case *Republic of Madagascar v. De Sutter P. et al.* quashed an ICC award (of 29 August 2014) because the arbitral tribunal had based its decision on legal findings which were not invoked by the parties and without giving them the opportunity of exposing their views.⁵¹

This decision did not distance from other prior judgments of the French courts which, actually, had gone even further in limiting the rule *iura novit arbiter* and in recognizing a more intense defense of the due process: the Court of Appeal of Paris, in the case *Gouvernement de la République Arabe d'Égypte et al. v. Malicorp Ltd.*⁵², and the French Supreme Court, in the case *Overseas Mining Investment Ltd. v. Commercial Carribean Niquel*, ruled by giving maximum extent to the adversarial principle even when the legal issues raised *motu proprio* by the arbitral tribunal were not really unpredictable because even "si les arbitres n'ont effectivement pas l'obligation de soumettre au préalable leur motivation à une discussion contradictoire, ils doivent cependant respecter le principe de la contradiction".⁵³

In Switzerland, however, the Swiss Federal Court, on several occasions, has rejected challenges against awards rendered in the absence of a full discussion on the legal issues as, among others, in the well-known *Tvornica* case: "In Switzerland, the right to be heard concerns particularly, factual findings. The parties' right to be invited to express their position on legal issues is recognized only to a limited extent. Generally, accordingly to the principle *iura novit curia*, state or arbitral tribunals are free to assess the legal relevance of factual findings and they may adjudicate based on different legal grounds from those submitted by the parties".⁵⁴

This position has been shared by the Italian legislator: according to articles 112 and 113 of the Italian Code of civil procedure, "nel pronunciare sulla causa, il giudice deve seguire le norme del diritto". This provision generically refers to all "the law" and not only to those rules invoked by the parties.

Therefore, the Court (either national or arbitral) may apply the most suitable "piece of law" as well as adjust the *nomen iuris* independently of parties' initiatives.⁵⁵

With the new second paragraph of article 101 of the Italian Code of civil procedure⁵⁶, which certainly has to be combined with the fourth paragraph of article 183⁵⁷, to avoid the so-called "sentenze della

⁵¹Cour d'Appel de Paris, Pôle 1 – Chambre 1, Arrêt du 15 mars 2016, R.G. No. 14/19164. Available at <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7208.pdf>>. Last visited 16.06.2018.

⁵²Cour d'Appel de Paris, Arrêt du 19 juin 2008, R.G. No. 06/17901. Available at <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000019225667>>. Last visited 16.06.2018.

⁵³Cour de Cassation, I chambre civile, Arrêt No. 785 du 29 juin 2011, R.G. No. 10/23321. Available at <https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/785_29_20477.html>. Last visited 16.06.2018.

⁵⁴ Quoted in *Geradin, D., Villano, E. P.*, "Iura Novit Curia Stealing the Limelight (Again)", *Kluwer Arbitration Blog*, 22 april 2016. Available at <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/04/22/iura-novit-curia-stealing-the-limelight-again/>>. Last visited 16.06.2018.

⁵⁵ See, Cassazione Civile, Sez. II, judgment no. 17075 of 24.08.2015. Available at <<http://www.eclegal.it/iura-novit-curia-non-contestazione-in-appello-contraddittorio/>>. Last visited 16.06.2018.

⁵⁶Article 101, paragraph 2, of the Italian Code of civil procedure: "Se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione", paragraph added with the Law No. 69 of 18 June 2009.

terza via", if a crucial question has been raised *ex officio*, the Court is now forced to invite the parties to present their observations.

By only partially innovating concerning the traditional approach, the Italian Supreme Court is rather constant in considering that the judge ought to incite the adversarial discussion between the parties only if the issue (raised *ex officio*) concerns factual findings or mixed factual and legal findings.⁵⁸

This approach is certainly applicable also to arbitration: in Italy, *ex* article 822 of the Code of civil procedure, also the arbitrator "decides according to the rules of law", unless the parties have opted for an arbitrator acting as amiable compositeur.

Consequently, it could be assumed that, in international arbitration practice, if an arbitrator applies, as he must, the governing law, beyond the submissions of the parties, there will be no case for an annulment of the award.⁵⁹

However, it should be mentioned a *dictum* of the Swiss Federal Tribunal which, for the first time, quashed an award despite the adage *iura novit curia*.⁶⁰

In this case, the Federal Tribunal, indeed, found fault with the arbitrators, as they relied on a contractual clause which the parties had not discussed. Thus, it is not a matter of substantive law but that the law is being applied without the parties' being able to make their submission on that substantive law.⁶¹

Summing up, therefore, it is possible to argue that in the field of international commercial arbitration, there is not a shared one-size-fits-all solution concerning the principle *iura novit arbiter* and arbitral tribunals still need to carefully balance the pros and cons of dealing with it in order to ensure due process and to render an enforceable award.

To achieve these goals, the international arbitration practice seems to suggest to the arbitrators not to base their awards on legal issues completely unpredictable and unforeseeable for the parties.

Again, ILA Recommendations could be useful since they support a proactive attitude of the arbitration panel that should encourage the discussion between the parties also about legal issues raised *ex officio* by giving them a reasonable opportunity to present their submissions.⁶²

The recent Arbitration Rules of the Court of Arbitration at the Polish Chamber of Commerce (i.e., PCC Rules), contains, probably the most courageous and ambitious provision on this point: "An

⁵⁷ Article 183, paragraph 4, of the Italian Code of Civil Procedure: "Nell'udienza di trattazione ovvero in quella eventualmente fissata ai sensi del terzo comma, il giudice richiede alle parti, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari e indica le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione".

⁵⁸ See, *ex multis* Cassazione civile No. 2984/2016, conf. No. 8936/2013, quoted in Codice di Procedura Civile Studium, a cura di Luigi Tramontano, La Tribuna, 2018.

⁵⁹ Lévy, L., *Iura novit curia?* The Arbitrator's Discretion in the application of the Governing Law, Kluwer Arbitration Blog, 20 March 2009.

⁶⁰ Swiss Federal Tribunal, Judgment of 9 February 2009, Case reference No. 4A_400/2008, available at <www.bger.ch>, last visited 16.06.2018.

⁶¹ Lévy, L., *supra* note 59.

⁶² ILA Recommendations No. 6-7-8: "6. In general, [...] arbitrators should not introduce legal issues – propositions of law that may bear on the outcome of the dispute – that the parties have not raised; 7. Arbitrators are not confined to the parties' submissions about the content of applicable law. [...] arbitrators may question the parties about legal issues the parties have raised and about their submissions and evidence on the contents of the applicable law, may review sources not invoked by the parties relating to those legal issues and may, in a transparent manner rely, on their own knowledge as to the applicable law as it relates to those legal issues; 8. Before reaching their conclusions and rendering a decision or an award, arbitrators should give parties a reasonable opportunity to be heard on legal issues that may be relevant to the disposition of the case. They should not give decisions that might reasonably be expected to surprise the parties, or any of them, or that are based on legal issues not raised by or with the parties".

award may not be based on legal grounds different from those relied on by either of the parties, unless the Arbitral Tribunal notifies the parties in advance and gives them an opportunity to be heard concerning such legal grounds".⁶³

Less ambitious, also the regulation of the Milan Chamber of Commerce considers this issue, even if limited to the law applicable to the proceedings: "In any case, the principles of due process and equal treatment of the parties shall apply".⁶⁴

In spite of the poor legislative and regulatory production on this specific profile of the *iura novit arbiter* and, consequently, the unlikelihood of identifying a procedural harmonization, on the one hand, there is again no reason to fail to give appropriate warning to the parties and give them a full opportunity to make their own submissions and, on the other hand, it is advisable for a tribunal to grant itself the power to decide on the applicable law through any terms of reference agreed to with the parties.⁶⁵

From an extremely practical point of view, the parties should reach an agreement as early as possible, maybe already at the first hearing. A model of wording could be the following: "The arbitral tribunal is to resolve all issues of fact and law that shall arise from the claims and counterclaims and pleadings as duly submitted by the parties, including, but not limited to, the following issues, as well as any additional issues of fact or law which the arbitral tribunal, in its own discretion, may deem necessary to decide upon rendering an arbitral award in the present arbitration".⁶⁶

VII. *Iura novit arbiter* in investment treaty arbitration

A short analysis of the relevant features of the principle *iura novit arbiter* also within the ambit of the investment treaty arbitrations might be useful.

First of all, since an investment treaty arbitration is always an arbitral process, it should be stressed that there are no substantial differences concerning the autonomy of the parties, namely the cornerstone of the discipline of the law applicable to the arbitration. This choice, indeed, even in the investment treaty arbitration, is referred to as the parties.⁶⁷

Concerning the identification of the applicable law, it is necessary to spend a few more words and to give some clarification because there might be practical consequences that should be considered.

In the investment treaty arbitration, the parties to the treaty are to be distinguished from the parties of the arbitral process. Indeed, the first are the contracting States, while the latter is one of the contracting state and an investor from the other contracting State.

Therefore, the arbitration agreement contained in an investment treaty, as well as the relevant choice-of-law clause, are deemed to be stipulated by the contracting States for the benefit of their investors.⁶⁸

⁶³ Chapter II "General provisions", § 6, No. 2. Available at <www.sakig.pl>. Last visited 16.06.2018.

⁶⁴ Article 2, par. 3, available at <www.camera-arbitrale.it>. Last visited 16.06.2018.

⁶⁵ *Waincymer, J.*, supra note 14.

⁶⁶ *Carter, J. H.*, Right and Obligations of the Arbitrator, *Dispute Resolution Journal*, 1997, Vol. 52, No. 1.

⁶⁷ For example, the first part of Article 42, par. 1, of ICSID Convention states that: "The tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties".

⁶⁸ This situations was supposed during the negotiations of the Washington Convention of 1965: "The Chairman remarked that [...] it was likewise open to the parties to prescribe the law applicable to the dispute. Either stipulation could be included in an agreement with an investor, in a bilateral agreement with another State, or even in a unilateral offer to all investors, such as might be made through investment legislation". See Summary record of proceedings, Addis

Hence, any agreed mechanism in the arbitration agreement, including the law applicable to the dispute, is deemed to be chosen directly by the parties to the arbitration. This assumption is nothing more than the implementation of the dissociated nature of consent to arbitration in investment treaty arbitration: although the consent to arbitration is dissociated in time, the parties to the arbitration are still presumed to have given their common consent to arbitration at the time the investor accepts the host State's general consent by filing the request for arbitration.⁶⁹

This peculiar mechanism of the investment treaty arbitration is today well established. Ex multis, in the case *Goetz v. Burundi*, the arbitral tribunal remarked that: “[u]ndoubtedly, has not been determined here, strictly speaking, by the parties to this arbitration (Burundi and the investors), but rather by the parties to the Bilateral Treaty (Burundi and Belgium). As was the case with the consent of the parties, the Tribunal deems nevertheless that Burundi accepted the applicable law as determined in the above provision of the Bilateral Treaty by becoming a party to this Treaty, and that claimants did the same by filing their request for arbitration based on the Treaty”.⁷⁰

However, if, on the one hand, the parties often fail in determining the applicable law, on the other hand, in the vast majority of cases, even in investment treaties there is not a clear choice of law.⁷¹

Therefore, the spotlight is to be turned on possible scenarios related to the ascertainment of the applicable law in the absence of the parties' agreement also within an investment treaty arbitration. In other words, as before, the question is whether (and to what extent) the principle *iura novit arbiter* is suitable for investment treaty arbitrations.

Already in 1979 in the case *BP Exploration Co. (Lybia) v. The Government of the Libyan Arab Republic*, the tribunal, fully recognizing the rule *iura novit arbiter*, stated that “an arbitrator is both entitled and compelled to undertake an independent examination of the legal issue deemed relevant by it, and to engage in considerable legal research going beyond the confines of the materials relied upon by the claimant”.⁷²

Conversely, in the case *MINE v. Republic of Guinea*⁷³, the *ad hoc* annulment committee identified a manifest excess of the power of the tribunal and, consequently, a limitation to the *iura novit arbiter* in the ambit of investment treaty arbitration, when the arbitration panel applies legal issues outside the law applicable to the dispute.⁷⁴

In 2006 another *ad hoc* annulment committee again re-extended the potential application of the principle *iura novit arbiter* in investment treaty arbitration: “[the arbitral tribunal], strictly

Ababa Consultative meetings of legal experts, December 16-20, 1963, II Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, Documents concerning the origin and the formulation of the Convention, ICSID Publication 1968, Vol. II, part. 1, 267. Available at <<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/History%20of%20ICSID%20Convention%20-%20VOLUME%20II-1.pdf>>. Last visited 16.06.2018.

⁶⁹ *Baniġatemi, Y.*, *The Law Applicable in Investment Treaty Arbitration*, Arbitration under International Investment Agreements: a Guide to the Key Issues, chapter 9, *Yannaca-Small, K.* (ed.), Oxford University Press, 2010.

⁷⁰ ICSID Case No ARB/95/3, *Antoine Goetz and others v. Republic of Burundi*, award of 10 February 1999, available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C151/DC537_Fr.pdf, last visited 16.06.2018.

⁷¹ For an interesting statistics, see Parra, A., *Applicable Law in Investor-State Arbitration*, Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation, The Fordham Papers 2007, 2008.

⁷² Sole arbitrator Mr. *Lagergren*, 53 ILR 297.

⁷³ ICSID Case no. ARB/84/4, ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, available at <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C136/DC674_En.pdf>. Last visited 16.06.2018.

⁷⁴ The committee found: “Thus, a tribunal's disregard of the agreed rules of law would constitute a derogation from the terms of reference within which the tribunal has been authorized to functio. Examples of such a derogation include the application of rules of law other than the ones agreed by the parties, or a decision not based on any law unless the parties had agreed on a decision *ex aequo et bono*”.

speaking, is not subject to any obligation to apply a rule of law that has not been adduced, this is but an option [...]”.⁷⁵

Hence, unfortunately, it appears that the investment treaty arbitral decisions expressly or implicitly addressing *iura novit curia* deal with the issue cursorily, providing little analysis and scant support.⁷⁶

Anyhow, the rule that aims at preventing unforeseeable decision (i.e., no surprise) emerges like an everstronger requirement also in the ambit of the investment treaty arbitration. For example, in the case *Bogdanov v. Moldova*, the sole arbitrator states that arbitral tribunals should avoid that parties be “surprised by the consideration of legal issues that were not taken into consideration in the proceedings”.⁷⁷

VIII. Conclusions: the importance of harmonized best practices to prevent surprising decisions

Both in the field of international commercial arbitration and in that of investment treaty arbitration, undeniable reasons of opportunity, in any case, suggest to the parties to agree on an arbitral clause.

As it has already shown in the previous pages, the protection of the parties (above all the weaker ones) implies the safeguard from the risk of unpredictable decisions. Therefore, since the not yet balanced functioning of the principle *iura novit arbiter*, it is advisable to take care of this issue from the negotiations of the arbitration clause.

A lawyer, better if a comparative one⁷⁸, indeed, may play the role of a sort of architect able to help the parties in designing an appropriate and safe contractual path, namely a business project complete with all those legal elements rarely considered by the businessmen.

Then, it would be useful to provide, within the arbitration clause, the opportunity for the parties to present their submissions within a defined period; or the opportunity (but also the burden) to present their submissions orally within the first subsequent hearing.

To conclude, in the opinion of this author, it is endorsable the consideration that arbitration is a service industry the further development of which is dependent on the trust and consent of its users. They are more likely to accept an arbitral tribunal's decision if they can follow the rationale and are not surprised by a justification on legal grounds that they have not raised.⁷⁹

⁷⁵ ICSID Case no. ARB/99/7, *Mr. Patrick Mitchell v. The Democratic Republic of Congo*. Available at <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0537.pdf>>. Similarly, in the case *CME Czech Republic B.V. v. Czech Republic*: “this does not mean that a tribunal is bound to research, find and apply national law which has not been argued or referred to by the parties and has not been identified by the parties and the Tribunal to be essential to the Tribunal's decision“, issued in Stockholm, Swede, in the *Uncitral Arbitration Proceedings*. Available at <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0180.pdf>>. Last visited 16.06.2018.

⁷⁶ *Bigge, D. M.*, *Iura novit curia in Investment Treaty Arbitration: May? Must?*“, *Kluwer Arbitration Blog*, 29 December 2011.

⁷⁷ *Bogdanov v. Moldova*, *Stockholm Chamber of Commerce, SCC Case No. 93/2004*, quoted in *Bigge, D.M.*, *supra* note 75.

⁷⁸ As noted by *Borroni, A.*, “Neo-Contractualism and Comparative Law“, *supra* footnote 20, in the growing high specialization of law firms, “academic comparative lawyers emerged as specialists [...] for [their] attitude to understand a legal system and to be able to make the international or transnational collaboration possible“.

⁷⁹ *Wiśniewski C., Zielińska, A.*, *Who Should Know the Law: The Arbitrators or the Parties?* *Kluwer Arbitration Blog*, 3 October 2016.

Bibliography

1. *Banifatemi, Y.*, The Law Applicable in Investment Treaty Arbitration, Arbitration under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues, chapter 9, *Yannaca-Small, K.* (ed.), Oxford University Press, 2010.
2. *Baum, A.*, Reconciling Anglo-Saxon and Civil Law procedure: The Path to a Procedural *lex arbitrationis*, Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century, Liber amicorum Karl-Heinz Backstiegel, Koln, 2001.
3. *Bigge, D.M.*, *Iura novit curia* in Investment Treaty Arbitration: May? Must? Kluwer Arbitration Blog, 29 December 2011.
4. *Boris, C.*, The Reconciliation of Conflicts Between Common Law and Civil Law Principles in the Arbitration Process, *Frommel, S. N.* and *Rider, B. A. K.*, Conflicting Legal Cultures in Commercial Arbitration, The Hague, 1999.
5. *Born, G.*, International Commercial Arbitration – Commentary and Materials, New York, 2006.
6. *Borroni, A.*, Neo-Contractualism and Comparative Law, published for the Essays in Honor of *Saul Litvinoff's*, ed. Moreteau, Romanach, Zuppi, 2008.
7. *Bryant, A. C.*, Foreign Law as Legislative Fact in Constitutional Cases, in 2011 BYU L. Rev.
8. *Calamandrei, P.*, Il giudice e lo storico, in Studi sul processo civile.
9. *Caldwell, P. S.*, Arbitration Procedures: Harmonisation of Basic Notions: Differing Approaches, Globalization and Harmonization of the Basic Notions in International Arbitration, IFCAI Conference, Honk Kong International Arbitration Centre, 1996.
10. *Carbone, S. M.*, *Iura novit curia* e arbitrato commerciale internazionale, in Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale, 2010, No.2.
11. *Carter, J. H.*, Right and Obligations of the Arbitrator, Dispute Resolution Journal, 1997, Vol. 52, No. 1.
12. *De Ly, F., Friedman, M. W., Di Brozolo, L. G. R.*, Ascertaining the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration", International Law Association, Committee on International Commercial Arbitration, Report for the Biennial Conference in Rio de Janeiro, 2008, 17, Arbitration International, vol. 26, issue 2, 1 June 2010.
13. *Derains, Y.*, Observations, in Revue de l'arbitrage, 1998,
14. *Franchi, G.*, La Perizia Civile, Padova, 1957/9.
15. *Gaillard, E.*, Aspects Philosophiques du Droit de l'arbitrage International, in Recueil des Cours, 2008.
16. *Gaillard, E.*, Thirty Years of *lex mercatoria*: Towards the Selective Application of Transnational rules, ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, October 1995, Vol. 10, issue 2.
17. *Geradin, D. Villano, E.P.*, *Iura Novit Curia* Stealing the Limelight (Again), Kluwer Arbitration Blog, 22 april 2016.
18. *Kaufmann-Kohler, G.*, Globalization of Arbitral Procedure, Vanderbilt Journal of Transnational Law, 2003, vol. 36.2.
19. *Kaufmann-Kohler, G.*, The Arbitrator and the Law: Does he/she Know it? Apply it? How? And a Few More Questions, in Arbitration International, 2005, vol. 21, No. 4.
20. *Lévy, L.*, *Iura novit curia*? The Arbitrator's Discretion in the application of the Governing Law", Kluwer Arbitration Blog, 20 March 2009.
21. *Lew, J. D. M.*, Achieving the dream: Autonomous Arbitration, Arbitration International, 2006.
22. *Mayer, P.*, Reflections on the International Arbitrator's Duty to Apply the Law, in LCIA Arbitration International, 2001, vol. 17, No. 3.
23. *Melendo, S. S.*, El Juez y el Derecho, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1957.
24. *Mosconi, F., Campiglio, C.*, Diritto Internazionale Privato, Utet Giuridica, 2006.
25. *Parra, A.*, Applicable Law in Investor-State Arbitration, Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation, The Fordham Papers 2007, 2008.
26. *Rotem, Y.*, Foreign law as a distinctive fact – To Whom Should the Burden of Proof be Assigned, in Chicago Journal of International Law, 2014, vol. 14, No. 2.

-
27. *Rubino Sammartano, M.*, International Arbitration Law and Practice, third edition, 2014.
 28. *Rubino Sammartano, M.*, L'arbitrato Internazionale, 198/79.
 29. *Sommerich, O. C., Busch, B.*, The Expert Witness and the Proof of Foreign Law, in 38 Cornell L.Q. 125, 1953.
 30. Summary record of proceedings, Addis Ababa Consultative Meetings of Legal Experts, December 16-20, 1963, II Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention, ICSID Publication 1968, Vol. II, part. 1.
 31. *Tunik, D. E.*, Default Proceedings in International Commercial Arbitration, in International Arbitration Law Review, vol. I, issue 2, 1998.
 32. *Von Mehren, A. T.*, International Commercial Arbitration and the Conflict of Laws, in The American Review of International Arbitration, 1992, vol. 3.
 33. *Waincymer, J.*, International Arbitration and the Duty to Know the Law, in Journal of International Arbitration, 2011, vol. 28, issue 3.
 34. *Wiśniewski, C., Zielińska, A.*, Who should Know the Law: The Arbitrators or the Parties? in Kluwer Arbitration Blog, 3 October 2016.