

**НАЦІОНАЛЬНА АКАДЕМІЯ ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ
НАУКОВО-ДОСЛІДНИЙ ІНСТИТУТ
ПРИВАТНОГО ПРАВА І ПІДПРИЄМНИЦТВА
ІМЕНІ АКАДЕМІКА Ф. Г. БУРЧАКА**

НАГНИБІДА ВОЛОДИМИР ІВАНОВИЧ

УДК 341.63

**ТЕОРЕТИЧНІ ЗАСАДИ ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ
У МІЖНАРОДНОМУ КОМЕРЦІЙНОМУ АРБІТРАЖІ**

Спеціальність 12.00.04 – господарське право;
господарське процесуальне право

Автореферат дисертації на здобуття наукового ступеня
доктора юридичних наук

Київ – 2021

Дисертацією є рукопис.

Роботу виконано у відділі міжнародного приватного права і порівняльного правознавства Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України.

Науковий консультант: доктор юридичних наук, професор,
академік НАПрН України, заслужений юрист України
КРУПЧАН Олександр Дмитрович,
Науково-дослідний інститут
приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України,
директор

Офіційні опоненти: доктор юридичних наук, професор,
академік НАПрН України, заслужений юрист України
ЩЕРБИНА Валентин Степанович,
Інститут права Київського національного університету
імені Тараса Шевченка, професор кафедри
господарського права та господарського процесу

доктор юридичних наук, професор,
академік НАПрН України, заслужений юрист України
БОБКОВА Антоніна Григорівна,
Донецький юридичний інститут МВС України,
головний науковий співробітник науково-дослідної
лабораторії публічної безпеки громад

доктор юридичних наук, доцент
АТАМАНОВА Юлія Євгеніївна,
Науково-дослідний інститут
інтелектуальної власності НАПрН України,
керівник наукового центру правового забезпечення
розвитку науки і технологій

Захист відбудеться *«13» травня 2021 року о 10-00 годині* на засіданні спеціалізованої вченої ради Д 26.500.01 у Науково-дослідному інституті приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України за адресою: 01042, м. Київ, вул. М. Раєвського, 23-А.

З дисертацією можна ознайомитися у Науково-дослідному інституті приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України за адресою: 01042, м. Київ, вул. М. Раєвського, 23-А.

Автореферат розіслано *«12» квітня 2021 року*.

Учений секретар
спеціалізованої вченої ради

В. М. Короленко

ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА РОБОТИ

Обґрунтування вибору теми дослідження. Правозастосування при вирішенні міжнародних комерційних спорів справедливо вважається одним із найбільш складних у практиці застосування норм права. Універсальні, регіональні та двосторонні міжнародні договори, імперативні норми і публічний порядок країни, право якої застосовується до сутності спірних відносин (*substantive law*), право країни форуму (*lex fori, lex arbitri*), право країни місця виконання постановленого рішення – ось далеко не всі аспекти, які повинен враховувати фахівець, який в силу займаної посади чи іншим чином отриманих повноважень здійснює застосування норм права. Всі наведені положення, як правило, потрібно проаналізувати та оцінити ще до того, як стане відомо про предмет доказування, обсяг і зміст наданих сторонами доказів. Вирішення ж таких спорів в арбітражі з огляду на його особливості як альтернативного способу вирішення міжнародних комерційних спорів зобов'язує склад арбітражу додатково враховувати також право країни, яке застосовується до арбітражної угоди, до здатності сторін на укладення арбітражної угоди, до доказів та їх оцінки, а також право країни (або навіть країн) місця виконання постановленого рішення. Таким чином, правозастосування при вирішенні спорів у міжнародному комерційному арбітражі характеризується високим ступенем складності, варіативності та потребує врахування низки систем права й правил їх застосування. Це зумовлено тим, що в основі кожної з таких систем можуть лежати норми різної правової природи: національне матеріальне або процесуальне право, норми міжнародного права, загальні принципи права, право ЄС, право місця арбітражу, право, яке найбільш тісно пов'язане з правовідносинами, м'яке право (*soft law*) тощо. На практиці сторони часто самі визначають положення права, що підлягає застосуванню при вирішенні спорів. Однак нерідко сторони спору такий вибір не здійснюють, а тому склад арбітражу повинен на основі нормативно визначених, передбачуваних та точних правил встановити право, яке потрібно застосувати з метою надання рішення арбітражу обґрунтованого й остаточного характеру для потреб його подальшого визнання та виконання.

Звісно, що за таких обставин процес правозастосування в арбітражах потребує не лише чітких нормативних критеріїв правозастосування, але й доктринального обґрунтування окреслених механізмів, розуміння їх місця і ролі для врегулювання різних аспектів арбітражного розгляду. Крім цього, детального осмислення потребує арбітражна практика, яка є основою механізмів застосування різних систем права у міжнародному комерційному арбітражі.

Особлива роль обраної теми в умовах українських реалій пов'язана з тим, що на сьогодні Україна є визнаним та відомим майданчиком з вирішення міжнародних комерційних спорів у Східній Європі. Міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті України (далі – МКАС при ТПП України) за 25 років успішної та ефективної діяльності накопичив багатий досвід та акумулював кращі світові практики вирішення міжнародних комерційних спорів. Щороку кількість спорів, які передаються на розгляд МКАС при ТПП України збільшується, у тому числі за рахунок спорів у яких обидві сторони є нерезидентами України, що свідчить про зростаючу довіру до України як майданчика з вирішення спорів. Зважаючи на це,

а також беручи до уваги складність та характер справ, які надходять на розгляд МКАС при ТПП України в останні роки, слід констатувати нагальну потребу в доктринальному та прикладному осмисленні механізмів правозастосування для вирішення таких спорів.

На сьогодні питання правозастосування у сфері міжнародного комерційного арбітражу майже не були предметом фундаментальних наукових досліджень у вітчизняній доктрині. Окремі аспекти цієї теми досліджували вчені та практики, зокрема: А. В. Асосков, Ю. Є. Атаманова, Г. І. Балюк, О. О. Бакалінська, О. А. Беляєвич, О. В. Безух, П. І. Белоусов, Ю. В. Білоусов, О. М. Бірюков, А. Г. Бобкова, В. А. Васильєва, Н. Г. Вилкова, О. М. Вінник, Л. Ф. Винокурова, С. Ю. Гришко, В. І. Гуменюк, С. Ф. Демченко, Б. В. Деревянко, В. В. Джунь, А. С. Довгерт, А. М. Жильцов, С. Ф. Задорожна, Ю. О. Заїка, А. П. Заєць, Т. Г. Захарченко, В. М. Захватаєв, І. С. Зикін, О. О. Зозуля, І. І. Ємельянова, Б. Р. Карабельников, В. І. Кисіль, А. В. Климчук, А. С. Комаров, О. М. Костишина, В. М. Корецький, В. М. Короленко, В. І. Король, В. М. Коссак, О. О. Костін, С. О. Кравцов, В. Г. Крохмаль, П. М. Крупко, О. Д. Крупчан, Н. С. Кузнецова, В. В. Луць, С. М. Лебедєв, Б. С. Лобовик, Р. А. Майданик, М. М. Мальський, В. М. Махінчук, О. І. Муранов, Є. Г. Пащенко, О. С. Перепелинська, Я. А. Петров, К. М. Пільков, І. Г. Побірченко, О. П. Подцерковний, В. І. Полюхович, Ю. Д. Притика, М. Г. Розенберг, М. Ф. Селівон, Т. В. Сліпачук, М. О. Теплюк, В. В. Хвалей, Г. А. Цірат, Ю. С. Черних, В. С. Щербина, В. В. Яремко та інші.

Також низку проблем правозастосування в арбітражі дослідили іноземні науковці та практики: Д. Ашер, А. Байєр, У. Батлер, А. Белоглазек, Ф. Берч, К. М. Бленклі, М. Блесінг, В. Брех, Г. Борн, В. Відер, Е. Гайяр, Д. Голдберг, Б. Гольдман, Г. Жукова, Г. Кауфман-Колер, Б. Клайн, П. Кубичек, Ф. Ландольт, Дж. Лі, Г. Нердрум, А. Редферн, Г. Решке-Кеслер, Дж. Саваж, В. Слейт, К. Содерлунд, Р. Тернер, У. Франке, М. Хантер, Г. Н. Херлітц, К. Хобер, О. Чаквамеру, А. Чирич, А. В. Шлепфер, М. Шнайдер та інші.

Разом з тим, попри окремі напрацювання щодо визначення та застосування права у міжнародному комерційному арбітражі, наразі все ж слід констатувати необхідність комплексного дослідження питань правозастосування у міжнародному комерційному арбітражі. Потребують вирішення важливі теоретичні проблеми, які, зокрема, пов'язані із визначенням таких понять, як «засада арбітражу», «передумова арбітражу», «передумова правозастосування», «застосовуване право», а також низка базових принципів і правил правозастосування для встановлення права, яке застосовується до різних аспектів арбітражного розгляду, а саме: 1) до здатності сторін укласти контракт, щодо якого виник спір; 2) до здатності сторін укласти арбітражну угоду; 3) права, застосовуваного до арбітражної угоди; 4) права, застосовуваного до арбітражного розгляду (*lex arbitri*); 5) права, що застосовується до сутності спору або на підставі якого вирішується спір (*substantive law*); 6) права, що застосовується до порядку подання доказів та їх оцінки; 7) права, яке застосовується при визнанні та приведенні до виконання арбітражного рішення тощо. Це дозволяє стверджувати, що без комплексного, фундаментального аналізу численних аспектів, пов'язаних із правозастосуванням під час розгляду і вирішення міжнародних комерційних спорів в арбітражі, подальший послідовний розвиток

теорії та практики арбітражу, а також удосконалення арбітражного законодавства та пов'язаних із ним інститутів процесуального права значно ускладнюється.

Зв'язок роботи з науковими програмами, планами, темами, грантами. Дисертаційне дослідження виконано відповідно до тем науково-дослідної роботи Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України «Правове забезпечення регіональних інтеграційних стратегій України в контексті модернізаційної політики держави» на 2013–2016 рр. (номер державної реєстрації: 0113U001118); «Приватноправові проблеми реалізації євроінтеграційної стратегії України» на 2017–2020 рр. (номер державної реєстрації: 0117U002140); «Інституційно-правове забезпечення майнових інтересів держави та суб'єктів приватного права в умовах регіональної нестабільності» на 2017–2021 рр. (номер державної реєстрації: 0117U002141). Тему дисертації затверджено вченою радою Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України (протокол № 2 від 18 лютого 2015 р., з урахуванням змін від 24 червня 2020 р., протокол № 7).

Мета і завдання дослідження. *Мета* дисертаційного дослідження полягає у вирішенні наукової проблеми – розробці цілісної концепції правозастосування під час вирішення спорів у міжнародному комерційному арбітражі в умовах сучасного праворозуміння, формулюванні його теоретичних засад для розв'язання наукових та прикладних проблем у зазначеній сфері, а також напрацюванні пропозицій щодо вдосконалення чинного законодавства та правозастосовчої практики.

Для досягнення цієї мети було сформульовано такі *завдання*:

- визначити поняття, ознаки та види правозастосування при вирішенні спорів;
- сформулювати особливості міжнародного комерційного арбітражу як суб'єкта правозастосовної діяльності;
- виявити засади арбітражного розгляду міжнародних комерційних спорів, систематизувати їх та обґрунтувати значення для правозастосування при вирішенні міжнародних комерційних спорів;
- науково обґрунтувати поняття передумов арбітражу та передумов правозастосування в міжнародному комерційному арбітражі, сформулювати дефініції відповідних понять та їхні елементи;
- виявити вплив арбітражної угоди, об'єктивної та суб'єктивної арбітрабільності й інших передумов на правозастосування в арбітражі та сформулювати теоретико-прикладні рекомендації щодо їх застосування;
- сформулювати та науково обґрунтувати специфічні риси правозастосування в міжнародному комерційному арбітражі загалом та його окремих стадій;
- розкрити порядок встановлення і застосування складом арбітражу різних правових систем, що регламентують матеріальні й процесуальні аспекти арбітражного розгляду;
- з'ясувати порядок застосування складом арбітражу окремих національних і позанаціональних правових інструментів при вирішенні спорів в арбітражі, визначити проблеми правозастосування у цій сфері та запропонувати шляхи їх вирішення;
- розкрити вплив на правозастосування в арбітражі публічного порядку та показати його співвідношення із суміжними правовими інститутами;

- охарактеризувати дію імперативних норм, їх вплив на процес правозастосування та запропонувати шляхи вирішення пов'язаних із цим проблем;
- розробити пропозиції та рекомендації щодо вдосконалення правового регулювання порядку вирішення міжнародних комерційних спорів в арбітражі.

Об'єктом дослідження є суспільні відносини, що виникають у зв'язку із передачею спорів на розгляд і вирішення міжнародних комерційних арбітражів.

Предметом дослідження є теоретичні засади правозастосування при вирішенні спорів у міжнародному комерційному арбітражі.

Методи дослідження обрано з огляду на поставлені мету й завдання дослідження та з урахуванням об'єкта і предмета роботи. Методологічною основою дисертаційного дослідження стали філософські, загальнонаукові та спеціально-юридичні методи пізнання. Зокрема *діалектичний метод* застосовано для системного дослідження ключового понятійно-категоріального апарату дисертаційної роботи: «правозастосування», «механізм правозастосування», «комерційні відносини», «передумови арбітражу», «склад арбітражу», «арбітражний розгляд», а також вивчення складових елементів поняття міжнародного комерційного арбітражу тощо (підрозділи 1.1, 1.2, 1.3, 2.2, 2.3, 3.1). Окрім цього, використання діалектичного методу дозволило визначити окремі передумови арбітражного розгляду (пункти 2.3.1–2.3.4 підрозділу 2.3) та встановити структуру механізму правозастосування в міжнародному комерційному арбітражі (підрозділ 3.1).

Порівняльно-правовий метод став одним з основних у роботі, дозволивши визначити тенденції нормативного закріплення та доктринального розуміння підходів до встановлення і застосування різних систем права у міжнародному комерційному арбітражі (пункти 3.2.1–3.2.4 підрозділу 3.2), охарактеризувати особливості застосування національних та транснаціональних правових регуляторів (підрозділ 4.1.). Загалом порівняльно-правовий метод використано у дисертаційному дослідженні наскрізно для вивчення відмінностей в арбітражному законодавстві та практиці, що зумовлено складною правовою природою предмета дослідження (зокрема, у підрозділах 3.2, 4.1–4.3).

За допомогою *метафізичного методу* здійснено структурну диференціацію таких понять, як «правозастосування», «механізм правозастосування», «передумови арбітражу», «засади арбітражного розгляду» тощо (підрозділи 1.1, 1.4, 2.3, 3.1). *Догматичний метод* був необхідний для всебічного й об'єктивного вивчення різних існуючих доктринальних підходів до розуміння мети і завдань арбітражного розгляду, елементів механізму правозастосування при вирішенні спорів у міжнародному комерційному арбітражі, а також для з'ясування особливостей усталених концепцій міжнародного приватного та господарського права і процесу.

Формально-логічний метод використано для формулювання змісту категорій «публічного порядку» та «імперативних норм» (підрозділи 4.2, 4.3). Такі загальнонаукові методи, як *аналіз та синтез* допомогли вивчити різні системи права, які застосовуються до матеріальних та процесуальних аспектів арбітражного розгляду (пункти 3.2.1–3.2.4 підрозділу 3.2), для характеристики мети і завдань арбітражу, передумов правозастосування при вирішенні міжнародних комерційних спорів складом арбітражу (підрозділи 2.1, 2.2).

Наукова новизна отриманих результатів полягає в тому, що дисертація є першим у вітчизняній науці системним комплексним дослідженням теоретичних і прикладних проблем правозастосування під час вирішення спорів у міжнародному комерційному арбітражі та нормативних засад його реалізації. Наукова новизна одержаних результатів конкретизується у сформульованих та обґрунтованих положеннях і висновках, що виносяться на захист:

Уперше:

1) *сформульовано* базові засади правозастосування у міжнародному комерційному арбітражі у вигляді впорядкованого вчення про правозастосування під час вирішення міжнародних комерційних спорів, за яким склад арбітражу при вирішенні таких спорів повинен не лише застосовувати матеріальні норми до суті спору та процесуальні норми, але й здійснювати діяльність із визначення (встановлення) права, застосовуваного до різних елементів арбітражного розгляду: сутності спору, арбітражного розгляду, арбітражної угоди, правосуб'єктності сторін, подання доказів і доказування, порядку виконання арбітражного рішення;

2) *запропоновано* наукову дефініцію терміна «передумови арбітражу», якими є визначені процесуальним правом країни місця арбітражу (*lex arbitri*) обставини, які в сукупності визначають, чи можна спір, щодо якого ініційовано арбітражний розгляд, вирішити у порядку міжнародного комерційного арбітражу в цій країні;

3) *обґрунтовано*, що за характером впливу на процедуру правозастосування в арбітражі всі передумови слід поділяти на два види: 1) ті, які є передумовою арбітражу загалом і без яких арбітражний процес не можна розпочати (наявність арбітражної угоди, арбітрабільність спору, сформований склад арбітражу тощо); 2) ті, які є передумовою розгляду справи арбітражем по суті і без з'ясування яких не можна розпочати арбітражний розгляд *конкретної* справи (неналежне повідомлення учасника справи (із окремим застереженням в контексті ст. 3 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж»), несплата арбітражного збору, необхідність подання визначених складом арбітражу додаткових доказів до початку арбітражного розгляду тощо);

4) *встановлено*, що правозастосування в арбітражі має такі особливості: 1) в арбітражі першій стадії правозастосування передуює встановлення компетенції арбітражу щодо вирішення спору згідно з положеннями арбітражної угоди, яке часто здійснюється секретаріатом арбітражу, керівником арбітражної установи чи керівним колегіальним органом; 2) процес правозастосування в арбітражі має спеціального суб'єкта – склад арбітражу, який формується на підставі арбітражної угоди чи положень застосовуваного процесуального права; 3) широка автономія волі сторін та розсуду складу арбітражу щодо арбітражної процедури, порядку надання доказів та окремих процедур доказування, пов'язаних з поданням письмових доказів, допитом свідків та ін., можливість поєднання елементів континентальної та англо-американської моделей доказування, змагального та інквізиційного процесів у рамках одного арбітражного розгляду; 4) необов'язковість суворої формалізації порядку надання й дослідження доказів на користь більш активної участі арбітрів у процесі доказування, залучення більш широкого кола доказів крізь призму їх належності та вірогідності у світлі стандарту доказування;

5) багатоаспектність стадії юридичної кваліфікації в механізмі правозастосування в міжнародному комерційному арбітражі, що напряду пов'язана із застосуванням різних правових систем (норм права) до різних аспектів арбітражного розгляду та окремо до суті спору;

5) *визначено*, що ключову роль у правозастосуванні в арбітражі відіграє стадія юридичної кваліфікації, яка передбачає встановлення складом арбітражу змісту права, що застосовується: 1) до здатності сторін укласти контракт, з якого виник спір; 2) до здатності сторін укласти арбітражну угоду; 3) до арбітражної угоди; 4) до арбітражного розгляду (*lex arbitri*); 5) до сутності спору або на підставі якого вирішується спір (*substantive law*); 6) до порядку подання доказів та їх оцінки; 7) під час визнання та приведення до виконання арбітражного рішення тощо; результатом встановлення та аналізу складом арбітражу відповідних положень є формування правового каркасу (*legal frame*), в межах якого вирішуються матеріальні та процесуальні питання у справі, виявляються межі дії відповідних положень права та імперативні положення (імперативні норми, публічний порядок), які обмежують дію встановлених арбітражем правових норм;

6) *сформульовано* основні процесуальні засади арбітражного розгляду, які прямо впливають на механізм правозастосування, а саме: 1) автономія волі сторін, що є інструментом при вирішенні спорів, який реалізовується учасниками на різних етапах арбітражного розгляду – від вибору застосовуваного матеріального права до окреслення правил процедури і загалом взаємодії між сторонами й арбітрами; 2) рівність учасників арбітражного розгляду; 3) ефективність арбітражного розгляду (розгляд з мінімальними витратами часу, в найбільш ефективний спосіб та максимально зручно для обох сторін); 4) автономність арбітражного застереження; 5) принцип компетенції-компетенції (*kompetenz-kompetenz*); 6) конфіденційність арбітражного розгляду; 7) тісна взаємодія (кооперація, співпраця) сторін зі складом арбітражу – спрямованість дій усіх учасників процесу та арбітрів на досягнення спільного результату, зокрема щодо встановлення всіх обставин справи, визначення змісту застосовуваного права і його правильного застосування, ухвалення справедливого і виконуваного арбітражного рішення.

7) *доведено*, що здатність суб'єкта до укладення арбітражної угоди (*capacity to arbitrate*) потребує самостійного дослідження складом арбітражу при вирішенні спору; зазвичай це стосується здатності учасника справи до укладення угод як у формі арбітражного застереження (*arbitration clause*), окремої арбітражної угоди (*submission agreement, compromis*), так і арбітражної угоди, застосовуваної на підставі відсилочних положень контракту (*arbitration agreement, incorporated by reference*). Крім цього, така здатність охоплює матеріальні та процесуальні правомочності, які необхідні для того, щоб: (1) укласти таку угоду й вона була чинною, виконуваною і дійсною (*ability to enter into a valid agreement*); (2) брати участь в арбітражному розгляді на підставі такої угоди (*ability to be binded by such an agreement*), яка, своєю чергою, охоплює: а) здатність бути учасником арбітражного розгляду; б) здатність мати та здійснювати процесуальні права; в) здатність приводити постановлене арбітражне рішення до виконання; г) здатність нести відповідальність за невиконання та/або ухилення від виконання рішення арбітражного суду;

8) *обґрунтовано зміст* використовуваного у теорії та практиці терміна «ефективність арбітражу»; зокрема доведено, що ефективність є комплексним поняттям сутність якого слід передусім пов'язувати із: 1) розміром прямих та непрямих витрат учасників арбітражного розгляду; 2) збитками (втратами) від знецінення майна та активів, у зв'язку з термінами вирішення таких спорів; 3) механізмом визнання та виконання арбітражних рішень;

Удосконалено:

9) *визначення права суб'єкта на звернення в арбітраж*, яке слід розглядати як елемент права на захист як суб'єктивного права; зокрема, доведено, що за своєю природою – це суб'єктивне право, тобто нормативно забезпечена правомочність учасника міжнародного комерційного обороту, який є стороною арбітражної угоди, звернутись до арбітражу, погодженого сторонами в арбітражній угоді, щодо захисту своїх порушених, невизнаних чи оспорюваних прав або інтересів;

10) *наукові аргументи*, якими обґрунтовано, що звернення учасників міжнародного комерційного обороту до вирішення спорів в арбітражах не можна в сучасних умовах тлумачити як обмеження їхнього права на справедливий суд; у зв'язку з цим наведено додаткові аргументи, що міжнародні комерційні арбітражі є судами, які «створені і діють в силу закону», яким держави делегують право вирішувати комерційні спори – здійснювати правозастосування та постановляти арбітражні рішення, які в силу закону та міжнародних договорів стають обов'язковими для сторін та можуть бути виконані примусово;

11) *положення теорії процесуального права* щодо процесуальної правосуб'єктності; зокрема запропоновано право на звернення в арбітраж розглядати як абстрактне та як персоніфіковане. Як абстрактне право воно належить усім учасникам міжнародного комерційного обороту. Персоніфікованим право стає для такого учасника після укладення ним арбітражної угоди, без якої захист в порядку арбітражу є неможливий;

12) *прикладні підходи* щодо обрання права ЄС як права, яке склад арбітражу застосовує під час вирішення міжнародних комерційних спорів; у роботі констатовано, що право ЄС також інколи обирається сторонами спору як право, застосовуване до змісту зобов'язань між сторонами або ж таке право визначається арбітрами; разом з тим обґрунтовано, що такий вибір містить у собі іманентні обмеження, адже право ЄС як регіональна система не містить усіх необхідних положень, здатних врегулювати зобов'язання між сторонами, як учасниками міжнародного комерційного обороту, оскільки за своєю природою таке право з-поміж іншого стосується лише таких сфер, як захист прав споживачів, захист прав комерційних агентів, відповідальність за якість продукції, торговельні стандарти, конкурентне право тощо; у зв'язку з цим вибір права ЄС як застосовуваного права слід доповнювати вказівкою на субсидіарне застосування традиційних інструментів матеріально-правового регулювання – національне право сторін, міжнародні звичаї, положення міжнародного контрактного права тощо.

13) *положення концепції* ефективного засобу правового захисту, яка повинна опиратись на такі базові елементи: 1) доступність засобу; 2) реальність захисту (неілюзорність, правова визначеність та дієвість захисту); 3) розумність витрат часу та засобів при правозастосуванні. Зазначені елементи, з огляду на спільність мети

судового та арбітражного захисту, а також практику ЄСПЛ є базовими для формування концепції ефективного захисту в арбітражі;

14) *дефініцію терміна* «мета арбітражного розгляду», який, на погляд автора, слід розглядати як справедливий та ефективний розгляд і вирішення міжнародного комерційного спору складом арбітражу з метою захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів сторін арбітражної угоди, шляхом ухвалення вмотивованого та дійсного арбітражного рішення, яке відповідно до вимог застосовуваного права може бути пред'явлене до виконання;

15) *прикладний підхід* щодо визначення та застосування *lex arbitri*; зокрема встановлено, що основними джерелами *lex arbitri* слід вважати: 1) автономію волі сторін; 2) субсидіарно – визначення *lex arbitri* складом арбітражу на основі стійкого територіального та юрисдикційного зв'язку з місцем арбітражу, а також 3) імперативні положення права місця арбітражу, що визначають засади арбітражного розгляду, встановлюють випадки та межі взаємодії сторін і складу арбітражу з національними судами, визначають форму та умови дійсності арбітражного рішення, порядок його оспорювання й підстави скасування;

16) *наукові положення* про обсяг застосування складом арбітражу імперативних норм як частини *lex arbitri*; зокрема доведено, що таке застосування охоплює не лише положення, що є частиною публічного порядку, але й ті імперативні норми права місця арбітражу, що встановлюють процесуальні вимоги до арбітражного розгляду, від яких сторони не можуть відступити, і визначають легітимність арбітражу як такого – дійсність та виконуваність арбітражної угоди, суб'єктивну та об'єктивну арбітрабільність тощо.

Набули подальшого розвитку:

17) *науковий висновок*, що диспозитивність слід розглядати як базову фундаментальну засаду міжнародних комерційних відносин та арбітражного розгляду; в роботі запропоновано розглядати диспозитивність як фундаментальну властивість відносин міжнародного комерційного обороту, яка дозволяє учасникам таких відносин мати та реалізовувати низку матеріальних та процесуальних правомочностей, у т.ч. звертатись до міжнародного комерційного арбітражу за захистом своїх прав та з допомогою відповідних правових засобів реалізовувати право на захист у найбільш ефективний спосіб; основним інструментом нормативного регулюючого впливу диспозитивності є автономія волі;

18) *теоретичні положення*, за якими автономію волі треба розглядати як *правову засаду*, яка дозволяє сторонам міжнародних комерційних відносин (у т.ч. контрактів) у визначених межах безпосередньо домовитись про порядок врегулювання зобов'язань між ними. У світлі предмету дослідження отримали розвиток наукові положення про здатність сторін погодити (обрати): 1) будь-які істотні та інші умови зовнішньоекономічного договору (контракту); 2) право, яке буде застосовуватись до змісту зобов'язань за таким контрактом, у т.ч. право, за яким здійснюється тлумачення договору; 3) арбітраж як інструмент для вирішення всіх спорів, розбіжностей та вимог за контрактом, зокрема, погодити питання щодо: а) виду арбітражу (*ad hoc* чи інституційний); б) регламенту, на підставі якого вирішуватиметься спір; в) кількості арбітрів; г) застосовуваного арбітражем права за

яким вирішуватиметься спір у разі його виникнення або будь-які інші розбіжності чи вимоги сторін; д) мови арбітражного розгляду; е) місця арбітражу (*seat of arbitration*) та місця арбітражного розгляду (*venue of arbitration*); 4) пріоритетність дії тієї чи іншої редакції договору, в тому числі залежно від мови договору; 5) положення про чинність сканкопій договору або застосування між сторонами системи електронного документообігу (СЕД); 6) порядок надсилання повідомлень про всі зміни у сторін, у тому числі їхніх контактних даних та реквізитів тощо; 7) порядок підписання та набрання чинності контрактом, його припинення та розірвання (у тому числі дострокового), а також порядок внесення змін до нього, можливість та наслідки відступлення прав третім особам, зміни структури управління та складу засновників; кожний із наведених аспектів може за певних обставин суттєво впливати на правозастосування в арбітражі;

19) *наукові погляди* щодо завдань арбітражного розгляду; зокрема запропоновано виокремлювати завдання щодо: 1) справедливого арбітражного розгляду, тобто розгляду, який ґрунтується на основі зрозумілих та передбачуваних процедур, із забезпеченням рівного ставлення до сторін та правової визначеності; 2) ефективного арбітражного розгляду (швидкого, економічного, конфіденційного арбітражного розгляду незалежними та неупередженими арбітрами); 3) вирішення спору по суті, шляхом постановлення мотивованого рішення; 4) забезпечення дійсності та виконуваності постановленого арбітражного рішення відповідно до вимог права країни місця його виконання;

20) *наукові положення*, якими обґрунтовується хибність ототожнення вибору місця арбітражу як погодження сторонами звернення до колізійних норм цього правопорядку, що часто може суперечити дійсним прагненням і очікуванням сторін. В роботі доведено, що такий підхід не узгоджується із загальним принципом уникнення застосування колізійних норм правопорядку, обраного сторонами як застосовуване до суті спору право, а замість прогнозованої визначеності та гарантування простоти й нейтральності визначення на основі колізійних норм *lex arbitri* застосовуваного матеріального права вказаний метод обмежуватиме автономію волі сторін, звужуватиме коло можливих варіантів, що постають перед арбітрами, а також нерідко не відповідатиме предмету договору, очікуванням сторін та потребам арбітражного розгляду загалом;

21) *прикладну модель* ієрархічної взаємодії норм, аналізованих при вирішенні питання місця арбітражу; таку модель запропоновано розглядати за наступною схемою: 1) імперативні норми *lex arbitri*; 2) правила, узгоджені сторонами в арбітражному застереженні та/або контракті; 3) правила процедури, передбачені арбітражним регламентом або іншим інструментом, обраним сторонами чи визначеним складом арбітражу; 4) диспозитивні норми *lex arbitri*, що можуть доповнювати приписи визначених вище джерел;

22) *наукові аргументи* щодо обґрунтування питання стосовно пов'язаності складу арбітражу при правозастосуванні висновками та правовими позиціями Верховного Суду в частині застосування положень українського матеріального права як права застосовуваного до суті спору; зокрема у роботі констатовано відсутність нормативно визначеного обов'язку такого врахування. Разом з тим доведено, що зважаючи на цілісність правопорядку та усталених підходів до

правозастосування, а також беручи до уваги необхідність забезпечення правової визначеності, склад арбітражу під час вирішення міжнародних комерційних спорів повинен враховувати зазначені висновки та правові позиції;

23) *доктринальний погляд*, відповідно до якого доктрина міжнародного публічного порядку, незважаючи на рідкісність випадків застосування на практиці, має важливе значення для визнання та приведення до виконання остаточного арбітражного рішення. Обґрунтовано, що публічний порядок, виконуючи функцію контролю за впливом іноземного елементу на національну правову систему та захищаючи публічні інтереси, базові суспільні цінності, є останнім інструментом, що дозволяє обмежити або не допустити вплив визнання та приведення до виконання іноземного арбітражного рішення на внутрішній правопорядок країни місця виконання. У зв'язку з цим застосовуванню до вирішення цього питання правом завжди буде *lex fori*, що відображає єдність суспільної мети та правових засобів її досягнення;

24) *положення про ключові правові ситуації*, у яких проявляється вплив імперативних норм певного форуму на правозастосування. Зокрема встановлено, що в арбітражі такі ситуації пов'язані із: 1) необхідністю застосування імперативних норм матеріального права, обраного сторонами або визначеного складом арбітражу; 2) впливом імперативних норм права третьої країни (через договір, його сторону чи юридичний факт з яким останні мають найбільш тісний зв'язок); 3) необхідністю врахування та дотримання імперативних норм *lex arbitri* тощо; з огляду на це у роботі запропоновано в структурі рішення арбітражу, у частині, яка стосується застосовуваного права окремо зазначати про наявність та/або відсутність імперативних норм, як норм, які мають прямий вплив на застосовуване до суті спору право (*substantive law*);

25) *доктринальний підхід* щодо застосування імперативних норм під час розгляду спорів в арбітражі. Зокрема обґрунтовано, що обов'язок складу арбітражу застосовувати (враховувати) надімперативні норми певного правопорядку, включно з імперативними приписами права «третіх країн», зумовлюється нормами як мінімум двох систем права: 1) права країни, яким врегульовується арбітражний розгляд та арбітрабільність спору; 2) правом дотичних систем права, наприклад, ймовірного місця виконання арбітражного рішення або місця арбітражу, яке може нівелювати ефективність арбітражного розгляду та призвести до скасування або відмови у визнанні та приведенні до виконання арбітражного рішення.

За результатами проведеного дослідження також сформульовано пропозиції щодо вдосконалення окремих положень національного законодавства, які підготовлено у вигляді законопроекту, доданого до роботи.

Практичне значення отриманих результатів полягає в тому, що матеріали дослідження, сформульовані висновки, пропозиції та рекомендації можуть бути використані:

– у науково-дослідній діяльності – для подальшого дослідження механізмів правозастосування в міжнародному комерційному арбітражі, дослідження питань реалізації автономії волі та диспозитивних засад арбітражу, меж їх реалізації та можливих обмежень;

– у *правотворчій діяльності* – розроблені в роботі пропозиції щодо вдосконалення чинного законодавства України можуть стати основою для внесення відповідних змін до Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» ГПК України та ЦПК України (акт впровадження результатів дисертаційного дослідження у законотворчу діяльність Інституту законодавства Верховної Ради України від 03 березня 2021 р., лист голови Комітету з правоохоронної діяльності Верховної Ради України, Народного депутата України Д. А. Монастирського № 19д9/10-2021/76937 від 03 березня 2021 року; лист голови підкомітету з питань виконання рішень Європейського суду з прав людини та альтернативного розв’язання спорів Комітету Верховної Ради України з питань правової політики, Народного депутата України Р. В. Бабія № 38 від 04 березня 2021 року; лист голови підкомітету з питань організації та діяльності адвокатури, органів надання правової допомоги Комітету Верховної Ради України з питань правової політики В. А. Ватраса № 210303/1 від 03 березня 2021 року);

– у *правозастосовчій діяльності* – для забезпечення єдності розуміння та правильного застосування в судовій та арбітражній практиці норм, що регулюють комплекс відносин, пов’язаних з вирішенням міжнародних комерційних спорів;

– у *навчальному процесі* – для вдосконалення навчально-методичного забезпечення та дидактичного супроводу окремих тем у розрізі навчальних дисциплін цивільного та господарського процесуального права, міжнародного приватного права, а також спецкурсів з міжнародних комерційних угод, міжнародного комерційного арбітражу, міжнародного цивільного процесу (акт про реалізацію результатів наукових досліджень в Хмельницькому університеті управління та права імені Леоніда Юзькова від 21 січня 2021 р.). Матеріали дослідження можуть також використовуватись під час підготовки підручників і посібників із цих дисциплін.

Особистий внесок здобувача. Дисертація є самостійним науковим дослідженням. Сформульовані в дисертації теоретичні положення, висновки та рекомендації, що виносяться на захист, отримані автором самостійно.

У співавторстві опубліковано такі наукові праці: Білоусов Ю. В., Нагнибіда В. І. Підвідомчість як передумова виникнення процесуальних відносин у міжнародному арбітражі. *Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права*. 2003. № 2(6). С. 46–53 (автором особисто підготовлено матеріал з питань теорії і практики підвідомчості та арбітрабільності спорів в міжнародному комерційному арбітражі 0,34 д.а.); Нагнибіда В. І., Стецков Д. Д. Визначення місця арбітражу як передумова вирішення спорів в міжнародному комерційному арбітражі. *Порівняльно-аналітичне право*. 2020. № 1. С. 183–185 (автором особисто зібрано та описано матеріал щодо критеріїв визначення місця арбітражу і кваліфікації його як передумову арбітражного розгляду 0,25 д.а.); Нагнибіда В. І., Стецков Д. Д. Направлення сторін в арбітраж та застосування забезпечувальних заходів як інструменти забезпечення арбітражного розгляду. *Проблеми модернізації приватного права в умовах євроінтеграції : збірник наукових праць* / НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, Лабораторія з проблем адаптації цивільного законодавства України до стандартів ЄС, Хмельницький університет управління та права.

Хмельницький : ФОП Мельник А. А., 2015. С. 422–431 (автором особисто зібрано та описано матеріал механізму застосування забезпечувальних заходів та практичних аспектів рішень державних судів при встановленні дійсної, чинної та виконуваної арбітражної угоди обсягом 0,29 д.а.); Закон України «Про третейські суди» : науково-практичний коментар / Куфтирєв П. В., Нагнибіда В. І., Стефанчук Р. О. та ін. К. : Правова єдність, 2008. С. 48–86, 194–197, 207–216, 250–258. 432 с. (коментар до статей 12–15 автором підготовлено у співавторстві з Р. О. Стефанчуком; автором особисто зібрано та описано матеріал щодо практики укладення третейських угод, правонаступництва сторін, порядку призначення третейських суддів та повідомлення сторін 1,35 д.а.).

Решту праць автор опублікував без співавторства.

Апробація матеріалів дисертації. Основні положення дисертації обговорено і схвалено на засіданнях наукових відділів Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України.

Окремі положення дисертації були предметом обговорення на науково-практичних конференціях і круглих столах, серед яких: Науково-практичний круглий стіл «Міжнародний арбітраж в Україні та світі: доктрина і практика» (м. Київ, 9 грудня 2010 р.); Четверта міжнародна науково-практична конференція «Проблеми теорії і практики виконання рішень судів та інших органів» (м. Хмельницький, 18–19 жовтня 2013 р.); Міжнародна науково-практична конференція «Дванадцяті осінні юридичні читання» (м. Хмельницький, 8–9 листопада 2013 р.); Міжнародна наукова конференція «Тринадцяті осінні юридичні читання» (м. Хмельницький, 14–15 листопада 2014 р.); Міжнародна наукова конференція «Чотирнадцяті осінні юридичні читання» (м. Хмельницький, 23–24 жовтня 2015 р.); П'ята міжнародна науково-практична конференція «Проблеми теорії і практики виконання рішень судів та інших органів» (м. Хмельницький, 13–14 червня 2019 р.); III Міжнародна науково-практична інтернет конференція, присвячена світлій пам'яті доктора юридичних наук, професора, академіка, засновника НАПрН України, першого Голови Конституційного Суду України Леоніда Петровича Юзькова (м. Хмельницький, 29 лютого – 2 березня 2020 р.); Міжнародна науково-практична конференція «Юридична наука в XXI столітті: перспективні та пріоритетні напрями досліджень» (м. Запоріжжя, 8–9 травня 2020 р.); Міжнародна науково-практична конференція «Дев'ятнадцяті осінні юридичні читання» (м. Хмельницький, 23 жовтня 2020 р.).

Публікації. Основні результати дисертації викладено у 37 наукових працях: одноосібній монографії, 24 наукових статтях, з яких 17 вийшли друком у вітчизняних фахових юридичних виданнях (2 статті – у виданнях України, які включено до міжнародних науково метричних баз) і 7 – у наукових виданнях іноземних держав, а також у 9 тезах доповідей на науково-практичних конференціях і 3 публікації у інших наукових виданнях.

Структура та обсяг дисертації. Дисертація складається зі вступу, 4 розділів, 12 підрозділів, висновків і списку використаних джерел. Повний обсяг дисертації становить 477 сторінок, із них основного тексту – 368 сторінок. Список використаних джерел налічує 633 найменування і займає 67 сторінок.

ОСНОВНИЙ ЗМІСТ

У **Вступі** обґрунтовано актуальність та вибір теми дисертації, її зв'язок з науковими програмами, планами, темами, визначено мету дослідження, його завдання, об'єкт, предмет, методи, емпіричну базу, викладено наукову новизну та практичне значення результатів дослідження, охарактеризовано особистий внесок здобувача у працях, виконаних у співавторстві, а також відомості про апробацію та публікації за темою дослідження, зазначено дані щодо обсягу дисертації та її складових.

Розділ 1 «Поняття правозастосування та особливості його здійснення при вирішенні спорів у міжнародному комерційному арбітражі» складається з чотирьох підрозділів і присвячений дослідженню теоретичних аспектів правозастосування при вирішенні міжнародних комерційних спорів в арбітражах.

У *підрозділі 1.1 «Поняття, види та структура (стадії) правозастосування»* досліджено поняття та механізм правозастосування загалом. На основі класичних праць з теорії права, цивільного, господарського права та процесу, міжнародного приватного права визначено сутність поняття «правозастосування» як особливої форми реалізації норм права, досліджено погляди вчених щодо цього поняття в інструментальному аспекті, а також висвітлено його сутність через призму механізму правозастосовчої діяльності. Зроблено висновок, що застосування права або правозастосування є однією з форм реалізації права, яка передбачає втілення приписів правових норм стосовно конкретних учасників відносин. Механізм правозастосування найбільш доцільно пов'язувати із діяльністю конкретних суб'єктів правозастосування. Обґрунтовано, що незалежно від суб'єкта правозастосовча діяльність не є стихійною, а реалізується в логічно обумовленій послідовності дій суб'єкта правозастосування, стадіях правозастосування. Серед таких стадій можна виокремити: підготовчу стадію, стадію юридичної кваліфікації фактичних обставин справи, стадію вирішення справи.

Підрозділ 1.2 «Міжнародний комерційний арбітраж як особливий суб'єкт правозастосування при вирішенні спорів» присвячений дослідженню нормативних основ арбітражу та його правової природи як правозастосовного органу, створеного в силу закону.

З урахуванням завдань юрисдикційних правозастосовних органів – судів, досліджено місце і роль міжнародних комерційних арбітражів та їхні цілі. Встановлено, що суди та міжнародні комерційні арбітражі мають спільні цілі, а тому держава на рівні нормативних актів визнає рішення останніх та закріплює механізм їх примусового виконання. Таке визнання зумовлено насамперед ефективністю арбітражу як способу врегулювання саме міжнародних комерційних спорів, незважаючи на їхню складність та комплексний правовий характер. Більше того, провідні міжнародні арбітражні центри на запити бізнесу постійно удосконалюють свої регламенти з вирішення спорів.

У роботі обґрунтовано, що вибір сторонами арбітражного порядку вирішення спорів цілком узгоджується із правом учасника міжнародних комерційних відносин на захист своїх прав та свобод, тому його права жодним чином не звужуються та не обмежуються. В Україні МКАС при ТПП України є арбітражним органом, створеним «відповідно до закону», і саме він через склади арбітрів з конкретних справ має

повноваження щодо правозастосування – вирішення спорів у порядку, передбаченому чинним законодавством.

У підрозділі 1.3 *«Іноземний елемент та його вплив на механізм правозастосування при вирішенні міжнародних комерційних спорів»* досліджено сутність поняття «іноземний елемент» та його прояви при вирішенні міжнародних комерційних спорів. За результатами аналізу праць вітчизняних та зарубіжних вчених із цього питання, положень зарубіжних актів зроблено висновок, що на сьогодні поняття іноземного елемента в практиці вирішення міжнародних комерційних спорів пов'язується з такими критеріями: 1) суб'єктивним складом відносин, їх національністю; 2) місцем проживання (знаходження) суб'єктів правовідносин та/або їхнього майна; 3) юридичними фактами, які стосуються сутності відносин (спору), або ж найбільш тісно з ними пов'язані; 4) предметом (об'єктом) відносин та його місцезнаходженням; 5) іншими обставинами, які найбільш тісно пов'язані з відносинами чи спором (місцем слухання справи, місцем виконання судового або арбітражного рішення, місцем виконання частини зобов'язань тощо). Втрата «міжнародного забарвлення» спірних відносин, як правило автоматично виключає компетенцію арбітражу, адже міжнародний арбітраж вирішує лише спори, які є за своєю природою «міжнародними». Аналіз положень Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» засвідчив, що його норми не поширюються на фізичних осіб-підприємців та фізичних осіб (людей) як учасників відносин у сфері господарювання, які також можуть бути сторонами міжнародних контрактів та арбітражних угод. Також поза межами регулювання залишається низка випадків, у яких учасниками відносин у сфері господарювання (комерційних відносин) є компанії, які діють без статусу юридичної особи і, відповідно, останніх не можна вважати учасниками арбітражного розгляду за законом країни арбітражу. Встановлено, що основним критерієм арбітрабільності спору є так званий тест на «міжнародний» характер спору, який дозволяє визначити характер спору.

Підрозділ 1.4 *«Диспозитивні засади арбітражного розгляду міжнародних комерційних спорів та їхній вплив на правозастосування»* стосується питань базових диспозитивних засад арбітражу як інституту. У ньому автор вивчає вплив автономії волі сторін міжнародного комерційного контракту в матеріальних та процесуальних питаннях на практику правозастосування. Природа автономії волі в міжнародному комерційному обороті зумовлена специфікою наявного іноземного елемента і відмінними (зазвичай протилежними) «колізійними» інтересами його учасників, адже, зважаючи на те, що «іноземний елемент» переважно виявляється через приналежність суб'єктів відносин до різних правопорядків (різну «національність»), цілком логічно виникає питання «щодо можливості реалізації сторонами своїх індивідуальних колізійних інтересів через визначення застосовуваного права на основі взаємної згоди».

Щодо правозастосування обґрунтовано, що на практиці найбільше значення для правозастосування має вибір сторонами: а) права, що застосовується до змісту зобов'язань за договором; б) арбітражу як способу вирішення спорів, шляхом включення в контракт арбітражного застереження відповідного змісту (або шляхом укладення окремої арбітражної угоди); в) права, що застосовується до арбітражної угоди; г) за відсутності вибору права, що застосовується до зобов'язань (п. «а»),

здійснення вибору права, що застосовується до врегулювання спорів; д) вибір місця арбітражу (у випадках, коли це виправдано).

У **Розділі 2 «Передумови правозастосування у міжнародному комерційному арбітражі»** у трьох підрозділах розкриваються теоретичні засади передумов арбітражу, арбітражного розгляду та правозастосування в арбітражі.

У *підрозділі 2.1 «Мета і завдання арбітражного розгляду»* аналізуються базові завдання та мета арбітражного розгляду з точки зору теорії правозастосування. Зокрема у цьому підрозділі аналізується широко використовуване поняття «ефективність» арбітражу. У зв'язку з цим проаналізовано арбітраж у світлі концепції ефективного правового захисту. В сфері арбітражу різні автори пов'язують його або з ефективною процедурою, або з якістю рішення, яке повинно стати обов'язковим для сторін (бути правильним і відповідати встановленим вимогам) та бути виконуваним (*be executable or enforceable*). В теорії і практиці захисту прав людини, де «ефективний захист» пов'язується передусім зі змістом ст. 13 Європейської конвенції про захист прав людини і її основоположних свобод, ефективність засобу юридичного захисту пов'язується з такими його характеристиками як доступність (*availability*), достатність (*sufficiency*), визначеність (*certainty*). Оцінюючи його ефективність, беруться до уваги не лише формальні засоби захисту (та їх доступність, достатність і визначеність – *В. Н.*), але й загальний, правовий та політичний контексти, в яких вони функціонують, а також конкретні обставини справи заявника, незалежність таких заходів захисту від дій держави тощо. Окрім цього, обґрунтовано, що ефективність *не залежить* від визначеності бажаного для заявника результату, а опирається на такі засади як доступність, реальність засобу захисту та розумність витрат часу.

У *підрозділі 2.2 «Загальна характеристика передумов арбітражу. Поняття передумов правозастосування в арбітражі»* досліджено питання щодо передумов правозастосування, обставин, встановлення яких передусє правозастосуванню. Зокрема, у роботі відзначається, що оскільки арбітраж є договірною формою недержавної юрисдикційної діяльності, однак його рішення мають обов'язкову силу для сторін на підставі положень національних законів та міжнародних договорів. Зважаючи на це, така діяльність з вирішення спорів повинна, з одного боку, відповідати за формою і змістом основним принципам юрисдикційної правозастосовної діяльності (верховенство права, рівне ставлення до сторін, змагальність сторін тощо), а з іншого – порядок та процедура реалізації права на арбітраж повинні забезпечувати суб'єкту звернення право на справедливий суд та право бути почутим.

Оскільки вирішення спорів арбітражем здійснюється складом арбітражу або одноосібно арбітром, незалежно від того, чи це здійснюється за адміністрування постійнодіючих арбітражних центрів чи в порядку *ad hoc* арбітражу, до моменту безпосереднього розгляду і вирішення спору, потрібно вирішити низку питань, які слугують передумовою розгляду справи по суті та правозастосування (перевірка наявності арбітражної угоди між сторонами спору та її дійсності, чинності й виконуваності; перевірка арбітрабільності предмету спору за суб'єктним та об'єктним критеріями; перевірка правосуб'єктності сторін арбітражної угоди та інші).

Визначено, що *передумовами правозастосування* є такі обставини, наявність яких дозволяє здійснити складу арбітражу розгляд конкретної справи по суті та/або розпочати такий розгляд та постановити рішення, обов'язкове для сторін спору.

У пункті 2.3.1 «*Наявність арбітражної угоди та вимоги до неї*» підрозділу 2.3 «*Передумови арбітражу*» досліджуються питання сутності арбітражних угод та їх правова природа, структура та питання дійсності, чинності і виконуваності таких угод. Зокрема проаналізовано теорії правової природи арбітражних угод (договірну, процесуальну, змішану і автономну). Як і більшість сучасних учених, автор є прихильником змішаної теорії правової природи арбітражної угоди та на основі праць українських та зарубіжних учених доходить висновку, що *арбітражна угода* – це вчинена в письмовій формі домовленість сторін про передачу спору, який уже виник або може виникнути в майбутньому на розгляд до міжнародного комерційного арбітражу.

Обґрунтовується, що включена в договір арбітражна угода (арбітражне застереження) має важливі юридичні наслідки: арбітражна угода (арбітражне застереження) є автономною, тобто її чинність не залежить від дійсності основного договору; крім цього, арбітражна угода може регулюватись іншими нормами права, ніж основний договір; арбітражне рішення, винесене складом арбітражу на основі арбітражної угоди, буде остаточним та обов'язковим для сторін такої арбітражної угоди; включення в договір арбітражної угоди перешкоджатиме розгляду зовнішньоекономічного спору, який може виникнути на підставі такого договору, в державних судах (*дерогаційний ефект арбітражної угоди*).

У пункті 2.3.2 «*Здатність учасників міжнародних комерційних відносин до укладення арбітражних угод (ability to arbitrate)*» підрозділу 2.3 «*Передумови арбітражу*» досліджуються питання встановлення складом арбітражу здатності учасників міжнародних комерційних відносин до укладення арбітражних угод. Значимість цього питання визначається положеннями ст. V (1) (а) Нью-Йоркської конвенції 1958 р., яка передбачає як одну з підстав для відмови у визнанні та виконанні іноземного арбітражного рішення – наявність дефекту правоздатності сторін арбітражної угоди відповідно до застосовуваного до них права. У зв'язку з цим досліджено концепцію «*incapacity*» сторони арбітражної угоди відому законодавству більшості країн, арбітражне право яких не ґрунтується на Типовому законі ЮНСІТРАЛ 1985 р.: арбітражному акті Англії та Вельсу (ст. 103 (2)(a), Цивільному процесуальному кодексі Італії (ст. ст. 809, 840), арбітражному акті Швеції (ст. 54 (1)) тощо.

Обґрунтовано, що укладення фізичними особами арбітражних угод щодо вирішення спорів у порядку арбітражу вимагає перевірки питання, чи розуміла така особа в момент укладення сутність укладеної нею угоди, чи розуміла правові наслідки, чи усвідомлювала характер угоди, правові засоби, з допомогою яких вирішуватиметься спір, а постановлене рішення буде виконуватись, і чи укладено таку угоду за волею такої фізичної особи та на основі її прямого волевиявлення.

Сформульовано особливості участі держав та публічних утворень в арбітражі з урахуванням їхнього статусу *jure imperii*, доктрини вичерпання всіх внутрішніх засобів захисту (*exhaustion of local remedies concept*) та інших аспектів арбітражного розгляду інвестиційних спорів.

У пункті 2.3.3 «Предмет спору та об'єктивна арбітрабільність» підрозділу 2.3 «Передумови арбітражу» досліджено питання компетенції арбітражів щодо вирішення спорів відповідно до положень національного права про види і характер спорів, які можна передавати сторонами на розгляд і вирішення арбітражу. Обґрунтовано, що концепція арбітрабільності як правової категорії *sui generis*, не повною мірою кореспондує з усталеними у процесуальному праві інститутами компетенції та підвідомчості, оскільки оперує категоріями допустимості вирішення спорів та містить відсилання не лише до аналізу характеру спорів (об'єктивний критерій), але й суб'єктного.

Встановлено, що на конвенційному та модельному рівнях немає уніфікованого визначення поняття та обсягу арбітрабільності, єдиного переліку категорій спорів, що є арбітрабільними / неарбітрабільними. Це питання регулює національне законодавство країн. Аналіз зарубіжних національних актів дозволив встановити, що у більшості з них до неарбітрабільних належать спори, що підпадають під правове регулювання кримінального законодавства, а також стосуються встановлення або зміни правового статусу фізичних чи юридичних осіб (зокрема банкрутство або неплатоспроможність), спори у сферах дії сімейного та спадкового права. Нерідко неарбітрабільними або частково арбітрабільними згідно з національним законодавством та правозастосовною практикою визнаються також спори у сферах антимонопольного регулювання та конкурентного права тощо.

У підрозділі 2.3.4 «Інші передумови арбітражу» досліджено питання формування складу арбітражу, правового поля, в рамках якого розглядаються і вирішуються спори в арбітражах, місця і мови арбітражу, доказів і доказування, вжиття забезпечувальних заходів. Зокрема, автор аналізує порядок призначення арбітрів у різних арбітражах та виділяє базові правомочності сторін реалізувати право на захист своїх прав в арбітражі. У зв'язку з цим проаналізовано регламенти провідних арбітражних центрів світу ICC, LCIA, VIAC, SCC, МКАС при ТПП України та інших.

Щодо правового поля, у якому відбувається розгляд і вирішення спору, встановлено, що в арбітражній практиці прийнято виділяти низку систем правових норм, які застосовуються (або можуть застосовуватися) арбітрами в ході розгляду і вирішення спору, в тому числі право, що застосовується до здатності сторін на укладення контракту, з якого виник спір, право, що застосовується до здатності сторін на укладення арбітражної угоди, право, застосовуване до арбітражного розгляду (процесуальне право), право, що застосовується до сутності спору та інші.

Зміст Розділу 3 «Структурний аналіз механізму правозастосування у міжнародному комерційному арбітражі» розкрито у двох підрозділах, у яких охарактеризовано елементи механізму правозастосування при вирішенні спорів у порядку арбітражу, сформульовано поняття та структуру згаданого механізму.

У підрозділі 3.1 «Поняття і структура механізму правозастосування при вирішенні спорів в порядку арбітражу» визначено теоретико-правові особливості механізму правозастосування в міжнародному комерційному арбітражі та прояви їх реалізації на практиці, функції стадій правозастосовної діяльності в арбітражі.

Зокрема запропоновано узагальнене розуміння механізму правозастосування в міжнародному комерційному арбітражі, який відображає діалектичний, динамічний зв'язок між правовим засобом та відповідною йому стадією

правозастосування, за рахунок чого зберігається сама логіка правозастосовної діяльності та досягається її мета – ухвалення складом арбітражу справедливого та виконуваного арбітражного рішення, заснованого на всебічному дослідженні фактичних обставин і наданих сторонами доказів, належній юридичній кваліфікації і обґрунтованих правових висновках.

Обґрунтовано необхідність виходу арбітрами за межі формального правозастосування та врахування багатьох можливостей і варіантів як щодо вибору засобів доказування, так і щодо процедури надання різних видів доказів, їх зіставлення та перевірки. З огляду на це орієнтиром стає слідування складу арбітражу за практичними потребами і особливостями кожного конкретного арбітражного процесу.

Виокремлено кілька підстадій другої стадії правозастосування (юридичної кваліфікації), що перебувають у тісному зв'язку із можливістю поєднання різних систем застосовуваного права до відмінних питань арбітражного розгляду та потребують встановлення.

У зв'язку з цим обґрунтовано особливості процесу правозастосування, що його здійснює склад арбітражу, порівняно з державними юрисдикційними органами (зокрема національним судом, який вирішує внутрішні спори).

У пункті 3.2.1 *«Право, застосовуване до встановлення здатності сторін на укладення арбітражної угоди та визначення арбітрабільності»* підрозділу 3.2 *«Елементи механізму правозастосування при вирішенні спорів в міжнародних комерційних арбітражах»* проаналізовано підходи до визначення (встановлення) та застосування права, застосовуваного до суб'єктивної та об'єктивної арбітрабільності на першому етапі правозастосовної діяльності, що здійснюється складом арбітражу.

Важливість цих дій безпосередньо пов'язана з підставами відмови у визнанні та виконанні арбітражних рішень, встановлених Нью-Йоркською конвенцією 1958 р. Зокрема, відповідно до ст. V(1)(a) Нью-Йоркської конвенції 1958 р. однією з підстав для відмови у визнанні та виконанні іноземного арбітражного рішення є *«дефект правоздатності сторін арбітражної угоди відповідно до застосовуваного до них права»*, тоді як іншою підставою (ст. V(2)(a) Конвенції) є встановлення компетентною владою країни, що об'єкт спору не може бути предметом арбітражного розгляду за законами країни, де запитується визнання та виконання рішення.

Зроблено висновок, що право, яке застосовується до здатності учасника комерційного обороту бути стороною контракту, в тому числі арбітражної угоди, і вважатись пов'язаним її положеннями, можна визначати двома способами: 1) на основі прямого методу відповідно до колізійних норм права, застосовуваного до сторони (*capacity method*); 2) на основі непрямого методу шляхом оцінки дійсності арбітражної угоди, зокрема через встановлення наміру сторони такої угоди вважати себе зобов'язаною в контексті застосування права, обраного сторонами (або визначеного судом чи складом арбітражу) як право, застосовуване до контракту (*validity method*).

У пункті 3.2.2 *«Право, застосовуване до сутності спору (law of the substance)»* підрозділу 3.2 *«Елементи механізму правозастосування при вирішенні спорів в міжнародних комерційних арбітражах»* вивчено засади та специфіку визначення та застосування матеріального права складом арбітражу при розгляді та вирішенні спорів

у міжнародному комерційному арбітражі, розглянуто різні варіанти дій сторін, зокрема й щодо вибору ненаціональних правових регуляторів.

Наголошено на тому, що арбітри не зобов'язані застосовувати до суті спору матеріальне право держави місця арбітражу, чому кореспондує право сторін на визначення такого права самостійно, без імперативної прив'язки до певної правової системи. Це зумовлено тим, що на відміну від вибору сторонами або встановлення складом арбітражу права, що застосовується до процедури арбітражного розгляду, коли вплив *lex arbitri* та судів країни місця арбітражу є значно відчутнішим, вибір матеріального права зазвичай пов'язаний з ширшою «свободою» від національної правової системи і положень колізійного права країни місця арбітражу.

На практиці вибір матеріального права сторонами може включати: 1) вибір національного права однієї зі сторін; 2) вибір національного права третьої країни; 3) звернення до джерел позанаціонального права (*lex mercatoria*, транснаціонального права, уніфікованих джерел «м'якого права», наприклад, до Принципів міжнародних комерційних договорів УНІДРУА тощо); 4) виключення застосування національного права та звернення до звичаїв ділового обороту; 5) вирішення спорів складом арбітражу на основі принципів «добра і справедливості» (*ex aequo et bono*) чи в якості «дружнього посередника» (*amiable compositeur*).

У пункті 3.2.3 «Право, застосовуване до процедури арбітражного розгляду (*lex arbitri*)» підрозділу 3.2 «Елементи механізму правозастосування при вирішенні спорів в міжнародних комерційних арбітражах» аналізуються питання встановлення застосовуваного процесуального права, дається функціональне визначення права, що регулює процедуру арбітражу та концепту *lex arbitri*. Встановлено, що первинним рівнем правового регулювання процедури арбітражного розгляду є правила, які прямо або опосередковано обирають сторони чи визначає склад арбітражу з цією метою. Класичним прикладом є регламент постійнодіючої арбітражної інституції, наприклад, регламент МКАС при ТПП України та інших постійнодіючих арбітражів.

Наглядові та контрольні функції *lex arbitri* нормативно закріплено у арбітражних законах. Важливість права місця арбітражу, зокрема в контексті встановлення зв'язку між арбітражним рішенням та місцем його ухвалення, а отже, й *lex arbitri*, впливає з положень Нью-Йоркської конвенції 1958 р. (ст. V(1)(a), (d), (e) Конвенції).

Окремим дослідженням питанням було співвідношення категорій обраного сторонами застосовуваного процесуального права певної юрисдикції (так зване *curial law*) та *lex arbitri*. Встановлено, що тоді як *lex arbitri* є системою імперативних норм права, застосовуваного до арбітражного розгляду в місці арбітражу, *curial law* є правом, що регламентує процедуру арбітражу. Проаналізовано успішні приклади підпорядкування арбітражного розгляду процесуальному праву країни іншої, ніж місце арбітражу, які трапляються в межах англійської юрисдикції та судової практики, зокрема справу *Union of India v. McDonnell Douglas*.

У пункті 3.2.4 «Право країни місця виконання арбітражного рішення та його вплив на вирішення спору» підрозділу 3.2 «Елементи механізму правозастосування при вирішенні спорів в міжнародних комерційних арбітражах» розглядаються питання визначення і впливу на арбітражний процес права країни місця виконання арбітражного рішення. З'ясовано, що зазначену правову систему безпосередньо не

обирають сторони, а лише опосередковано сприймають через місце виконання арбітражного рішення, яке, однак, має суттєвий вплив на його визнання і приведення до виконання.

Відповідно до ст. III Конвенції кожна Договірна Держава визнає арбітражні рішення як обов'язкові та виконує їх відповідно до процесуальних норм тієї території, де запитується визнання та приведення до виконання цих рішень, на умовах, викладених у наступних статтях. Аналіз останніх, а саме ст. V(2), підтверджує визнані в арбітражній доктрині та практиці позиції, згідно з якими право місця виконання арбітражного рішення є єдиною правовою системою, згідно з якою державний суд, до якого звернулась одна зі сторін з клопотанням про визнання або приведення до виконання арбітражного рішення, вирішує питання арбітрабельності предмета спору та відповідності рішення публічному порядку цієї країни. Підсумовано, що слід виокремлювати матеріальні та процесуальні аспекти права місця виконання арбітражного рішення, що регламентують визнання та приведення до виконання арбітражних рішень у межах відповідної юрисдикції.

У **Розділі 4 «Теоретико-прикладні проблеми правозастосування при вирішенні спорів у міжнародному комерційному арбітражі»** у трьох підрозділах досліджуються актуальні питання правозастосовного процесу при вирішенні спорів у порядку арбітражу.

У підрозділі 4.1 «Застосування національних та позанаціональних правових регуляторів до вирішення спорів в арбітражі» приділено увагу проблематиці обов'язковості для міжнародного комерційного арбітражу, місцем якого є Україна, постанов Верховного Суду; застосування Конвенції ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів від 11 квітня 1980 року (Віденської конвенції) та Принципів УНІДРУА; звернення до права так званої «третьої країни»; вирішення спорів на основі принципів «добра і справедливості» (*ex aequo et bono*) та деяким іншим питанням.

У роботі обґрунтовано, що у практиці вирішення міжнародних комерційних спорів окремим випадком звернення сторін або складу арбітражу до «загальних принципів права», *lex mercatoria*, «звичаїв міжнародного торговельного обороту» та подібних конструкцій є застосування Принципів міжнародних комерційних договорів УНІДРУА (остання редакція 2016 року). Принципи УНІДРУА як гнучкий правовий інструмент та яскравий приклад нормативного втілення в одному джерелі правил, що становлять суть так званого «м'якого права» (*«soft law»*), може використовуватись сторонами та арбітрами як застосовуване матеріальне право при вирішенні спору в порядку міжнародного комерційного арбітражу достатньо багатосторонньо. Окремо вказано на роль права ЄС у механізмі розгляду і вирішення спорів у арбітражі та те, що значення останнього поступово змінюється.

У підрозділі 4.2 «Публічний порядок та його вплив на правозастосування і вирішення спорів в арбітражі» проаналізовано зміст категорії публічного порядку та його різноманітні прояви в арбітражному процесі. Насамперед визначено, що застосування державним судом посилення на суперечність арбітражного рішення публічному порядку при визнанні та приведенні до виконання останнього є поодиноким явищем, спрямованим на недопущення настання неприйнятних для публічних інтересів наслідків такого визнання та виконання.

Автор пропонує підхід на користь збереження невизначеності та варіативності поняття публічного порядку як властивих йому рис. Відповідно до цього публічний порядок як підстава для відмови у визнанні та виконанні арбітражного рішення також є універсальною, оскільки притаманна всім розвиненим юрисдикціям.

Значною мірою конкретні правові цінності, охоронювані публічним порядком визначає судова практика. Варто зазначити, що аналіз останньої української судової практики засвідчить про поширення проарбітражного підходу до тлумачення доктрини публічного порядку при визнанні та приведенні до виконання арбітражних рішень, констатування судами виключності випадків порушення публічного порядку, достатніх для відмови у виконанні арбітражного рішення.

У підрозділі 4.3 «Імперативні норми та їх вплив на правозастосування та вирішення спорів в арбітражі» розглянуто значення імперативних приписів різних систем застосовуваного права в міжнародному комерційному арбітражі, межі такого впливу та пов'язані проблемні питання. Обґрунтовано тезу, що подібно до застереження про публічний порядок, механізм застосування імперативних норм не порушує основи колізійного регулювання, а лише окреслює його межі.

У роботі проаналізовано типові правові ситуації, коли імперативні норми певного форуму впливають на арбітражний розгляд та постановлене за його результатами арбітражне рішення. Необхідність врахування як матеріальних (якщо право місця арбітражу та застосовуване матеріальне право є одним і тим же правопорядком), так і процесуальних імперативних норм *lex arbitri*, окрім безпосередніх вказівок на це у відповідних національних актах, зумовлена й можливістю скасування арбітражного рішення судом держави місця арбітражу у випадку їх порушення.

Зважаючи на складність сучасних міжнародних комерційних відносин та наявність тісного зв'язку зовнішньоекономічного договору з більш, ніж одним правопорядком, проблематичним є врахування імперативних норм держави, що має такий зв'язок із контрактом, щодо якого виник спір. Оскільки таких держав може бути декілька різні аспекти виконання договірних чи недоговірних зобов'язань можуть регулюватись різними правопорядками, наприклад в частині вимог, пов'язаних із правосуб'єктністю сторін, їх місцезнаходженням (як у хрестоматійній справі *Ingmar GB Ltd v Eaton Leonard Technologies Inc.*), дійсністю або виконуваністю арбітражної угоди тощо.

ВИСНОВКИ

За результатами комплексного дослідження теоретичних засад правозастосування сформульовано нові підходи механізму вирішення спорів в міжнародному комерційному арбітражі, а також сформульовано пропозиції щодо удосконалення національного цивільного законодавства.

Розв'язання наукових завдань надало можливість сформулювати низку висновків, пропозицій і рекомендацій, спрямованих на досягнення зазначеної мети.

1. Поняття *правозастосування* в сучасних умовах слід розглядати як спрямовану на реалізацію норм права і здійснювану в спеціально встановлених формах владно-організуючу, творчо-організаційну діяльність державних органів й інших уповноважених державою суб'єктів правозастосування (посадових осіб (державних

реєстраторів, нотаріусів), третейських судів та арбітражів), метою якої є вирішення конкретної справи (спору, розбіжності) шляхом видання індивідуальних правових приписів (актів). Правозастосуванню характерні такі риси: 1) владно-організуючий характер; 2) його втілення у активних діях суб'єктів правозастосування; 3) здійснення у спеціально передбаченому нормами права порядку на основі закріплених процедур; 4) його результатом завжди є винесення правозастосовчого акту; 5) воно спрямоване на визначене коло суб'єктів – учасників конкретних правовідносин, їхніх прав та обов'язків і має персоніфікований характер; 6) під час правозастосування здійснюється юридична кваліфікація – інтерпретація правових норм, тлумачення їхнього змісту з метою встановлення прав та обов'язків учасників відносин, а тому правозастосування має інтелектуальний (творчий) характер. Разом з тим, така поширена в науковій літературі ознака, як державно-владний характер, у сучасних умовах втрачає свій зміст, оскільки у випадку арбітражу має місце швидше владно-організуючий, ніж державний вплив на врегулювання спірних відносин. У зв'язку з цим правозастосування здійснюють державні органи або інші суб'єкти, уповноважені на це *законом* та рішення яких мають обов'язковий характер.

2. Здійснення учасником міжнародного комерційного обороту права на захист своїх прав в порядку арбітражу має такі передумови: 1) наявність чинної, дійсної та виконуваної арбітражної угоди; 2) наявність конкретного арбітрабельного спору про право; 3) реалізацію заходів доарбітражного врегулювання спору (якщо такі було передбачено сторонами в арбітражній угоді) між сторонами 4) звернення за захистом такого права в арбітражну установу. Фактичне здійснення права на звернення до арбітражу вчиняється шляхом направлення до передбаченої арбітражною угодою арбітражної установи позовної заяви (прохання про арбітраж) або ж винесення державним судом ухвали про припинення провадження у справі та направлення сторін в арбітраж. Встановлено, що ці юридичні факти є двома можливими шляхами звернення в арбітраж.

3. В ході дослідження розроблено поняття «засади арбітражного розгляду», яке позначає базові вихідні положення, принципи, на яких ґрунтується вирішення спорів у порядку міжнародного комерційного арбітражу. Запропоновано виокремлювати *інституційні* засади арбітражного розгляду, які покладено в основу арбітражу як інституту розгляду і вирішення спорів (добровільність передачі спорів на розгляд і вирішення міжнародного комерційного арбітражу; автономія волі сторін арбітражного розгляду та їх здатність визначати та впливати на модель майбутнього арбітражного розгляду; обов'язковий для сторін характер рішень арбітражу; забезпечення права на скасування рішення арбітражу за визначеними процесуальними підставами) та *процесуальні (інструментальні)* засади арбітражного розгляду, тобто керівні положення, на яких ґрунтується діяльність складу арбітражу з розгляду і вирішення конкретного спору. У зв'язку з цим сформульовано дефініцію, за якою *основними засадами арбітражу* як інституту альтернативного вирішення спорів є такі фундаментальні положення, які становлять основу арбітражного розгляду вирішення спорів, незалежно від того, чи вирішується спір інституційним арбітражем чи в порядку *ad hoc* та незалежно від місця арбітражу. Основними *засадами арбітражного розгляду* є такі фундаментальні положення, які визначають основи процедури розгляду і вирішення спорів у порядку міжнародного комерційного

арбітражу конкретним складом арбітражу з урахуванням специфіки регламенту та права, що застосовується до вирішення такого спору.

4. Під час арбітражного розгляду справи існує низка питань, які є передумовою розгляду справи по суті та правозастосування. До таких питань належать: перевірка наявності арбітражної угоди між сторонами спору, яка б у розумінні ст. II Нью-Йоркської конвенції 1958 року могла бути підставою для арбітражного розгляду та її дійсності, чинності та виконаності; перевірка арбітрабільності предмету спору за суб'єктним та об'єктним критеріями; перевірка провосуб'єктності сторін арбітражної угоди на етапі укладення такої угоди та на етапі звернення до арбітражу; сплата арбітражних зборів; формування складу арбітражу; прийняття арбітрами призначення як арбітрів; відкриття провадження у справі; направлення повідомлень сторонам про арбітражний розгляд; з'ясування ставлення сторін до позовних вимог; вирішення питання про застосовуване право, мову арбітражного розгляду, місце арбітражу; встановлення необхідності подання додаткових доказів, необхідних для розгляду і вирішення спору; застосування забезпечувальних заходів (зустрічного забезпечення); встановлення порядку вирішення спору та узгодження і затвердження процесуального графіку (за необхідності); вирішення питання щодо проведення процесуальних нарад зі сторонами та інші. У зв'язку з цим обґрунтовано, що «*передумовами правозастосування*» є такі обставини, наявність яких дозволяє арбітражу здійснити розгляд конкретної справи по суті та/або розпочати такий розгляд і постановити рішення, обов'язкове для сторін спору.

5. Обов'язковими елементами арбітражних угод є домовленість про арбітраж, вид арбітражу (*ad hoc* чи інституційний), арбітражну установу, обсяг спорів, які передаються на розгляд і вирішення арбітражу (всі чи лише деякі, наприклад, щодо виконання контракту або лише щодо його недійсності та тлумачення). У зв'язку з цим доведено, що укладення арбітражних угод щодо вирішення спорів у порядку арбітражу фізичними особами вимагає перевірки складом арбітражу питання, чи розуміла така особа на момент укладення сутність укладеної нею угоди та її правові наслідки, чи усвідомлювала характер угоди, правові засоби, з допомогою яких вирішуватиметься спір, а постановлене рішення буде виконуватись, і чи здійснювалось укладення такої угоди з волі фізичної особи та на основі її прямого і вільного волевиявлення.

6. На конвенційному та модельному рівнях немає уніфікованого визначення поняття та обсягу арбітрабільності, єдиного переліку категорій спорів, які є арбітрабільними або неарбітрабільними. Це питання регулюють національні законодавства країн. Саме тому арбітрабільність належить до передумов арбітражу, адже відповідно до положень Нью-Йоркської конвенції 1958 року, Європейської конвенції 1961 р., положень більшості національних арбітражних законів виявлена суб'єктом правозастосування неарбітрабільність спору (як арбітражем, так і державним судом), залежно від стадії арбітражного розгляду, може бути підставою для припинення арбітражного розгляду в зв'язку з відсутністю в арбітражу компетенції вирішувати спір, або підставою для скасування уже постановленого арбітражного рішення чи зумовити неможливість виконання арбітражного рішення у відповідній державі. Також обґрунтовано, що «*commercial test*» та «*international*

test» є лише первинними, найбільш загальними критеріями арбітрабільності.

7. З метою правозастосування при вирішенні спорів в арбітражі та аналізу суб'єктивної арбітрабільності термін «*incapacity*», який використовують у міжнародних договорах з питань арбітражу та модельних актах ЮНСІТРАЛ, слід тлумачити як такий, що позначає фактичну та юридичну неспроможність суб'єкта від свого імені вступати у правові відносини, своїми діями створювати юридичні наслідки й у встановлених законом (договором) випадках нести юридичну відповідальність за свої дії. У контексті арбітражного процесу така здатність означає можливість суб'єкта бути стороною арбітражної угоди, виконувати її та бути позивачем і відповідачем під час розгляду і вирішення справи арбітражем (*capacity to arbitrate*).

8. На основі аналізу функціональних обов'язків різних суб'єктів правозастосування обґрунтовано, що при вирішенні міжнародних комерційних спорів в арбітражах суб'єктом правозастосування є *склад арбітражу* (панель арбітрів або одноособовий арбітр), а не арбітраж чи арбітражна установа (як це прийнято вважати у юридичній літературі).

9. *Механізм правозастосування в міжнародному комерційному арбітражі* є сукупністю правових засобів, які використовуються складом арбітражу в рамках визначеної стадійної процедури та які з урахуванням фактичних обставин і обраного застосовуваного права дають змогу складу арбітражу здійснити кваліфікацію спірних відносин та постановити арбітражне рішення по суті спору, яке є обов'язковим для сторін. На основі цього обґрунтовано, що друга стадія правозастосування (стадія юридичної кваліфікації) у міжнародному комерційному арбітражі є складною та охоплює підстадії щодо визначення: 1) права, що застосовується до арбітражної угоди та здатності сторін на її укладення; 2) права, що застосовується до арбітражного процесу (враховуючи можливі відмінні правові системи процесуального права як обраного сторонами національного арбітражного закону, що може бути відмінним від *lex arbitri*, імперативних положень права місця арбітражу, а також звернення до норм, що регулюють конкретні питання арбітражного процесу, втілених у домовленості сторін (контракті) або обраному ними арбітражному регламенті, серед інших варіантів); 3) права, що застосовується до суті спору (так зване матеріальне право); 4) права, що застосовується до порядку подання та оцінки доказів.

10. За результатами аналізу регламентів провідних арбітражних центрів світу та національних арбітражних законодавств виявлено три підходи до встановлення складом арбітражу застосовуваного до суті спору права (*substantive law*): 1) застосування арбітрами принципу найбільш тісного зв'язку; 2) звернення до колізійних норм, які склад арбітражу вважає застосовуваними (непрямий підхід, *voie indirecte, indirect approach*); 3) надання арбітрам права безпосередньо встановлювати та застосовувати норми матеріального права без звернення до будь-яких колізійних прив'язок чи норм (так званий метод *voie directe* або *direct approach*). Перший з підходів характерний для ФРН та Швейцарської Конфедерації. Другий підхід закріплено серед інших у Європейській конвенції 1961 р., Типовому законі ЮНСІТРАЛ (і відповідно у ч. 2 ст. 28 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж») та Арбітражному законі Англії й Вельсу. Третій підхід властивий французькому законодавству та праву Нідерландів. Встановлення права

як елемент механізму правозастосування здійснюється складом арбітражу за відсутності домовленості сторін спору про право, застосовуване до сутності спору або у випадках, коли такий вибір є дефектним та суперечить положенням *lex arbitri*.

11. Ключовою відмінністю між вибором (встановленням) застосовуваного матеріального права та права, що регламентує процедуру арбітражного розгляду є відносно менший ступінь автономії волі сторін у випадку права, застосовуваного до арбітражного розгляду. Це пов'язано з тим, що арбітражний розгляд в багатьох випадках може отримувати судове сприяння (наприклад, через застосування заходів забезпечення доказів), а в окремих випадках з метою дотримання інтересів публічного порядку – бути об'єктом судового контролю. У зв'язку з цим забезпечення вказаних функцій (допоміжної, наглядової та контрольної) традиційно врегульовується положеннями права місця арбітражу (*lex arbitri*), що вимагає обмеження широкої автономії волі, характерної для вибору матеріального права.

12. Поняття «право, яке застосовується до регулювання арбітражного розгляду», слід розуміти комплексно у його двох складових: 1) як процесуальне право певної держави – право місця арбітражу (*lex arbitri*), яке є особливим за правовою природою й інструментальним призначенням і обирається сторонами або визначається складом арбітражу чи іншим уповноваженим органом, визначеним законом; 2) як правила процедури арбітражного розгляду, погоджені сторонами шляхом зазначення арбітражного регламенту конкретного інституційного арбітражу або інших подібних правил в арбітражному застереженні або ж регламент, застосовуваний в силу положень *lex arbitri* або *lex voluntatis*.

13. На основі аналізу положень міжнародних договорів та національних арбітражних актів як джерела *lex arbitri* доведено вирішальний вплив права місця виконання арбітражного рішення на порядок визнання та приведення до виконання арбітражних рішень у межах відповідної юрисдикції. Уніфікацію матеріальних підстав для відмови у визнанні та виконанні, а також закріплення базових процесуальних вимог і принципів, здійснено Нью-Йоркською конвенцією 1958 р., що залишає на розсуд національного законодавця, з одного боку, врегулювання незначних аспектів процедури, але з іншого – визнає за ним повну свободу розсуду щодо визначення меж об'єктивної арбітрабільності, змісту й конкретного наповнення категорії міжнародного публічного порядку, що застосовується у відповідній юрисдикції.

14. В ході дослідження визначено роль права ЄС у механізмі розгляду і вирішення спорів в арбітражах та встановлено, що значення останнього поступово змінюється. Залишаючись доволі автономною системою, право ЄС все ж взаємодіє з арбітражним правом і від повного ігнорування переходить до врахування специфіки та сприйняття механізмів, притаманних арбітражному розгляду. З іншого боку, застосування права ЄС як права, застосовуваного до відносин між сторонами спору, не є винятковим явищем у міжнародному комерційному арбітражі. Практика свідчить, що право ЄС потрапляє в царину арбітражного розгляду кількома шляхами: через арбітражну угоду та арбітрабільність спору та / або через обрання (визначення) права ЄС як права, застосовуваного до відносин між сторонами.

15. На основі аналізу нормативних положень сформовано позицію, що основи розуміння та застосування публічного порядку в міжнародному комерційному арбітражі на сучасному етапі було закладено ще з прийняттям Нью-Йоркської

конвенції 1958 р. Положення ст. V(2)(b) Нью-Йоркської конвенції 1958 р. має на меті звужене застосування доктрини публічного порядку при посиленні на нього відповідним юрисдикційним органом як на підставу відмови у визнанні та виконанні арбітражного рішення. Також досліджено механізм правозастосування при вирішенні державним судом питання відповідності арбітражного рішення публічному порядку країни місця виконання. У цьому зв'язку стверджується про панування жорсткого нормативного закріплення колізійного відсилання до *lex fori* як при вирішенні питання об'єктивної арбітрабільності, так і щодо публічного порядку.

16. На відміну від концепції публічного порядку, надімперативні норми застосовуються за іншим принципом: тоді як застереження про публічний порядок спрямоване на недопущення настання несумісних з публічним порядком форуму наслідків застосування іноземної правової норми або виконання арбітражного рішення, імперативні норми застосовуються безпосередньо в силу нормативної вказівки, без аналізу і звернення до норм права, визначеного згідно з автономією волі сторін або на основі інших колізійних прив'язок. Імперативні норми застосовуються точково у визначених ними випадках та до конкретних правовідносин або навіть їх аспектів, а застереження про публічний порядок стосується наперед невизначеного кола ситуацій, що вже виникали (з чого складається відповідна судова та арбітражна практика) або можуть виникнути в майбутньому.

17. Поняття обсягу застосування імперативних норм, що застосовуються при вирішенні спорів складом арбітражу, охоплює імперативні норми матеріального права, застосовуваного до суті спору, правові положення, що регулюють окремі аспекти дійсності арбітражного розгляду (чинність та виконуваність арбітражної угоди, здатність сторін до її укладення, арбітрабільність предмета спору) та основоположні процесуальні приписи, дотримання яких вимагається як *lex arbitri*, так і охоплюється усталеним в розвинених країнах поняттям транснаціонального публічного порядку.

18. Обґрунтовано напрями вдосконалення національного законодавства у досліджуваній сфері, зокрема запропоновано внести зміни до ст. 1 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж».

СПИСОК ОПУБЛІКОВАНИХ АВТОРОМ ПРАЦЬ ЗА ТЕМОЮ ДИСЕРТАЦІЇ

Одноосібна монографія:

1) Нагнибіда В. І. Механізм правозастосування при вирішенні спорів у міжнародному комерційному арбітражі : монографія / за наук. ред. проф. О. Д. Крупчана. К. : Гельветика, 2020. 492 с.

Статті у наукових виданнях,

включених до Переліку наукових фахових видань України:

2) Білоусов Ю. В., Нагнибіда В. І. Підвідомчість як передумова виникнення процесуальних відносин у міжнародному арбітражі. *Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права*. 2003. № 2 (6). С. 46–53.

3) Нагнибіда В. І. Правові наслідки неналежного повідомлення сторони в практиці визнання та виконання іноземних арбітражних рішень. *Приватне право і підприємництво*. 2016. № 15. С. 179–182.

4) Нагнибіда В. І. Звернення в арбітраж як суб'єктивне право. *Приватне право і підприємництво*. 2017. № 17. С. 167–171.

5) Нагнибіда В. І. Визначення здатності учасників міжнародних комерційних відносин до укладення арбітражної угоди. *Університетські наукові записки*. 2018. № 66. С. 69–80.

6) Нагнибіда В. І. Теоретичні засади правозастосування: поняття, ознаки, види. *Університетські наукові записки*. 2019. № 3 (71). С. 33–42.

7) Нагнибіда В. І. Арбітражна угода як підстава реалізації права на захист у світлі практики Європейського Суду з прав людини. *Порівняльно-аналітичне право*. 2019. № 6. С. 494–497.

8) Нагнибіда В. І. Арбітраж як суб'єкт правозастосування при вирішенні міжнародних комерційних спорів. *Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України*. 2020. № 2. С. 78–86.

9) Нагнибіда В. І. Проблеми визначення іноземного елементу при вирішенні спорів в міжнародному комерційному арбітражі. *Науковий часопис Київського університету права*. 2020. № 1. С. 361–365.

10) Нагнибіда В. І. Правосуб'єктність фізичних осіб як сторони арбітражних угод при вирішенні спорів в міжнародних арбітражах. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія: «Юриспруденція»* 2020. № 43. С. 196–199.

11) Нагнибіда В. І. Ефективний захист як ціль правозастосування в міжнародному комерційному арбітражі. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2020. № 1. С. 223–226.

12) Нагнибіда В. І. Виконуваність рішення міжнародного комерційного арбітражу у світлі теорії і практики правозастосування. *Юридичний вісник*. 2020. № 1. С. 246–252.

13) Нагнибіда В. І., Стецков Д. Д. Визначення місця арбітражу як передумова вирішення спорів в міжнародному комерційному арбітражі. *Порівняльно-аналітичне право*. 2020. № 1. С. 183–185.

14) Нагнибіда В. І. Зміст та значення арбітрабільності предмета спору у правозастосовній діяльності арбітражу. *Юридичний вісник*. 2020. № 3. С. 209–217.

15) Нагнибіда В. І. Процесуальні та правозастосовні наслідки суперечності арбітражного рішення публічному порядку країни місця виконання. *Вісник Запорізького національного університету. Юридичні науки*. 2020. № 3. С. 50–56.

16) Нагнибіда В. І. Вплив права країни місця виконання арбітражного рішення на вирішення спорів в міжнародному комерційному арбітражі. *Університетські наукові записки*. 2020. № 1 (73). С. 86–97.

17) Нагнибіда В. І. Загальна характеристика застосування імперативних норм при вирішенні спорів у порядку міжнародного комерційного арбітражу. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія: «Юриспруденція»*. 2020. № 45. С. 77–81.

18) Нагнибіда В. І. Реалізація принципу автономії волі сторін при визначенні права, застосовного до суті спору в міжнародному комерційному арбітражі. *Університетські наукові записки*. 2020. № 5 (77). С. 6–21.

Статті в наукових періодичних виданнях інших держав:

19) Нагнибеда В. И. Юрисдикция, компетенция и полномочия международного коммерческого арбитража: теоретико-прикладной анализ понятий. *Наука, общество, государство*. 2013. № 3(3). С. 1–10.

20) Нагнибіда В. І. «Комерційний характер» спорів як умова їх вирішення в міжнародних арбітражах. *Jurnalul juridic national: teorie și practică*. 2020. № 2 (42). С. 42–48.

21) Нагнибіда В. І. Встановлення підстав арбітражного розгляду як елемент механізму правозастосування при вирішенні міжнародних комерційних спорів. *Evropsky politicky a pravni discurs*. 2020. № 2 С. 46–53.

22) Нагнибіда В. І. Визначення права, застосовуваного до здатності сторін на укладення арбітражної угоди. *Міжнародний науковий журнал «Інтернаука». Серія: «Юридичні науки»*. 2020. 3(25). С. 76–81.

23) Нагнибеда В.И. Участие юридических лиц публичного права как стороны арбитражных соглашений при разрешении споров в международных арбитражах. *Legea si Viata*. 2020. № 6–7. С. 104–109.

24) Нагнибіда В. І. Мета і завдання арбітражного розгляду у світлі його ефективності та сучасних викликів. *Visegrad Journal on Human Rights*. 2020. № 2. С. 123–128.

25) Нагнибіда В. І. Визначення права застосовного до суті спору складом арбітражу при вирішенні міжнародних комерційних спорів. *Міжнародний науковий журнал «Інтернаука». Серія: «Юридичні науки»*. 2020. № 12 (34). С. 61–68.

Статті в інших виданнях:

26) Нагнибіда В. І., Стецков Д. Д. Направлення сторін в арбітраж та застосування забезпечувальних заходів як інструменти забезпечення арбітражного розгляду. *Проблеми модернізації приватного права в умовах євроінтеграції : збірник наукових праць / за заг. ред. Ю. В. Білоусова; НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України. Хмельницький університет управління та права. Хмельницький : ФОП Мельник А. А., 2015. С. 422–431.*

27) Нагнибіда В. І. Застосування права ЄС при вирішенні спорів в порядку міжнародного комерційного арбітражу. *Правове забезпечення інтересів фізичних та юридичних осіб в умовах реалізації інтеграційної політики України. Збірник наукових праць / за заг. ред. В. І. Короля. К. : НДІ приватного права і підприємництва імені Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України. К., 2015. С. 308–324.*

Публікації, що підтверджують апробацію матеріалів дисертації:

28) Нагнибіда В. І. Оспорювання компетенції складу арбітражу та доктрина «компетенс-компетенс». *Міжнародний арбітраж в Україні та світі: доктрина і практика*. Збірник матеріалів круглого столу, м. Київ, 9 грудня 2010 р. К. : НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2010. С. 34–42.

29) Нагнибіда В. І. Нові підходи до висвітлення ст. 16 Типового закону ЮНСІТРАЛ про міжнародний торговий арбітраж у вітчизняних та зарубіжних джерелах. *Актуальні проблеми юридичної науки*. Збірник тез Міжнародної науково-практичної конференції «Дванадцяті осінні юридичні читання», м. Хмельницький,

8–9 листопада 2013 р. У 4-х частинах. Хмельницький : Хмельницький університет управління та права, 2013. Частина друга. С. 96–97.

30) Nagnybida V. I. Applicable laws in international commercial arbitration: general overview of the concept. *Актуальні проблеми юридичної науки*. Збірник тез Міжнародної наукової конференції «Тринадцяті осінні юридичні читання», м. Хмельницький, 14–15 листопада 2014 р. У 3-х частинах. Хмельницький : Хмельницький університет управління та права, 2014. Частина перша. С. 116–118.

31) Нагнибіда В. І. Оспорювання юрисдикції міжнародного комерційного арбітражу як підстава для відмови у визнанні та виконанні арбітражного рішення. *Проблеми теорії і практики виконання рішень судів та інших органів : збірник наукових праць*; Хмельн. ун-т упр. та права, Головне упр. юстиції у Хмельн. обл., Упр. держ. виконав. служби, Головне упр. юстиції у Хмельн. обл., Євраз. асоц. правн. шк. та правників, Ком. з конкурс. права Асоц. правників України. Хмельницький, 2014. С. 180–186.

32) Нагнибіда В. І. Кваліфікація «неналежного повідомлення» як підстави для відмови у визнанні та виконанні іноземного арбітражного рішення. *Актуальні проблеми юридичної науки*. Збірник тез Міжнародної наукової конференції «Чотирнадцяті осінні юридичні читання», м. Хмельницький, 23–24 жовтня 2015 р. У 2-х частинах. Хмельницький : Хмельницький університет управління та права, 2015. Частина перша. С. 123–125.

33) Нагнибіда В. І. Проблеми теорії і практики виконання рішень міжнародних комерційних арбітражів. *Проблеми теорії і практики виконання рішень судів та інших органів : збірник наукових праць* / за ред. Ю. В. Білоусова. Хмельницький: ФОП Мельник А. А., 2019. С. 29–37.

33) Нагнибіда В. І. Проблема визначення публічного органу як суб'єкта правозастосування в теорії права. *Правові засади організації та здійснення публічної влади*. Збірник тез III Міжнародної науково-практичної інтернет конференції, присвяченої світлій пам'яті доктора юридичних наук, професора, академіка, засновника НАПрН України, першого Голови Конституційного Суду України Леоніда Петровича Юзькова, м. Хмельницький, 29 лютого–2 березня 2020 р. Хмельницький : Хмельницький університет управління та права імені Леоніда Юзькова, 2020. С. 261–264.

34) Нагнибіда В. І. Постановлення виконуваного арбітражного рішення як обов'язок складу арбітражу. *Юридична наука в XXI столітті: перспективні та пріоритетні напрями досліджень*. Тези доповідей міжнародної науково-практичної конференції, м. Запоріжжя, 8–9 травня 2020 р. Запоріжжя : ЗНУ, 2020. С. 58–61.

35) Нагнибіда В. І. Ефективність арбітражу як концепт при правозастосуванні. *Актуальні проблеми юридичної науки*. Збірник тез Міжнародної науково-практичної конференції «Дев'ятнадцяті осінні юридичні читання», м. Хмельницький, 23 жовтня 2020 р. Хмельницький : Хмельницький університет управління та права імені Леоніда Юзькова, 2020. С. 146–150.

Опубліковані праці,

які додатково відображають наукові результати дисертації:

36) Статті 10–12, 15, 46, 51, 58, 59 / Закон України «Про третейські суди» :

науково-практичний коментар / Куфтирєв П. В., Нагнибіда В. І., Стефанчук Р. О. та ін. К. : Правова єдність, 2008. С. 48–86, 194–197, 207–216, 250–258. 432 с.

АНОТАЦІЇ

Нагнибіда В. І. Теоретичні засади правозастосування у міжнародному комерційному арбітражі. – Кваліфікаційна наукова праця на правах рукопису.

Дисертація на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук за спеціальністю 12.00.04 – господарське право; господарське процесуальне право. – Національна академія правових наук України, Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака. Київ, 2021.

Дисертація є кваліфікаційною науковою працею, у якій вперше в українській доктрині досліджено питання правозастосування при вирішенні спорів у порядку міжнародного комерційного арбітражу. Зокрема, визначено поняття, ознаки та види правозастосування; встановлено правову природу міжнародного комерційного арбітражу як суб'єкта правозастосовної діяльності; сформульовано засади арбітражного розгляду та обґрунтовано їх значення у процесі правозастосування; визначено передумови правозастосування в міжнародному комерційному арбітражі; обґрунтовано вплив арбітражної угоди, арбітрабільності й інших передумов на правозастосування в арбітражі; обґрунтовано особливості встановлення і застосування складом арбітражу різних правових систем при вирішенні спорів; визначено порядок застосування складом арбітражу окремих національних і позанаціональних правових інструментів; з'ясовано вплив на правозастосування в арбітражі категорій публічного порядку та імперативних норм і запропоновано підходи до вирішення проблем, які виникають у правозастосуванні; розроблено пропозиції до удосконалення правового регулювання вирішення спорів в порядку арбітражу.

Ключові слова: міжнародний комерційний арбітраж, правозастосування, застосовуване право, передумови арбітражу, місце арбітражу, склад арбітражу, публічний порядок, імперативні норми, колізійні норми.

Нагнибеда В. И. Теоретические основания правоприменения в международном коммерческом арбитраже. – Квалификационный научный труд на правах рукописи.

Диссертация на соискание ученой степени доктора юридических наук по специальности 12.00.04 – хозяйственное право; хозяйственное процессуальное право. – Национальная академия правовых наук Украины, Научно-исследовательский институт частного права и предпринимательства имени академика Ф. Г. Бурчака. Киев, 2021.

Диссертация является квалификационной научной работой, в которой впервые в украинской науке исследованы вопросы правоприменения при разрешении споров в порядке международного коммерческого арбитража. В частности, определены понятие, признаки и виды правоприменения; установлено правовую природу международного коммерческого арбитража как субъекта правоприменительной деятельности; сформулированы основы арбитражного разбирательства, обосновано их

значение в процессе правоприменения; определены предпосылки правоприменения в международном коммерческом арбитраже; исследовано влияние арбитражного соглашения, арбитрабельности и других предпосылок для правоприменения в арбитраже; установлены особенности определения и применения составом арбитража различных правовых систем при разрешении споров; определен порядок применения составом арбитража отдельных национальных и вненациональных правовых инструментов; обосновано влияние на правоприменение категорий публичного порядка и императивных норм, а также предложены подходы к решению проблем, которые возникают в правоприменении; разработаны предложения по совершенствованию порядка разрешения споров в порядке арбитража.

Ключевые слова: международный коммерческий арбитраж, правоприменение, применимое право, предпосылки арбитража, место арбитража, состав арбитража, публичный порядок, императивные нормы, коллизионные нормы.

Nahnybida V. I. Theoretical grounds of law enforcement in international commercial arbitration. – Qualification scientific work on the rights of the manuscript.

Thesis submitted for the scientific degree of Doctor of Science of Law on specialty 12.00.04 – Economic Law; Economic Procedural Law. – The Academician F. H. Burchak Scientific-Research Institute of Private Law and Entrepreneurship of National Academy of Law Sciences of Ukraine, Kyiv, 2021.

The dissertation research is a qualification scientific work, in which for the first time in the Ukrainian doctrine the issues of law enforcement and law enforcement mechanism in resolving disputes by way of international commercial arbitration are studied. The dissertation is characterized by complexity and addresses the analysis of different systems of law and approaches to law enforcement, which are established and used by the arbitration in the consideration and resolution of international commercial disputes. Attention is paid to theoretical and practical problems of law enforcement in international commercial arbitration, the establishment and application of substantive and procedural law, the impact on the arbitration process of the classical categories of public policy and mandatory rules.

The paper determines that the principle of party autonomy in the substantive aspect is implemented by the parties to international commercial relations at the stage of concluding a contract and signing an arbitration agreement by giving them the right to: 1) choose (agree on) any significant and other terms of the contract (price, currency, terms) performance of the contract (for example, delivery of goods, procedure for confirmation of services provided, deadlines, etc.), measures of responsibility, determine the information that constitutes a trade secret, etc.; 2) choose the law that will apply to the substance of contractual obligations (it can be a law that applies to the whole contract or to parts of it, a law that is related to both the nationality of the parties and a law that is not related to either party, or a non-national regulator, for example, the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, etc.); 3) choose the law under which the dispute will be resolved in the event of its occurrence or any other differences or requirements of the parties, including the law under which the contract is interpreted; 4) choose arbitration as a tool to resolve all disputes, differences and claims under the contract and agree, specifying: a) the type of arbitration (ad hoc or institutional); b) the regulations on the

basis of which the dispute will be resolved; c) the number of arbitrators; d) the law applied by the arbitration tribunal (if there are no provisions on such law in the contract); e) the language of the arbitration proceedings; f) the place of arbitration and the venue of arbitration; 5) agree on the procedure for signing and entry into force of the contract, its termination and cancellation, as well as the procedure for amending it, the priority of a version of the contract, depending on the language of the contract, validity of scanned copies of the contract in time, or application of electronic document management (EDM), the procedure for notifying the Parties of all changes, including their contact details, etc.

It is established that the purpose of the arbitration proceedings is related to the arbitration award and the possibility of its enforcement in order to actually restore the violated, unrecognized and/or disputed rights. In this case, such an award must comply with the requirements established by the law of the place of arbitration (*lex arbitri*) and the rules applicable to the settlement of the dispute. Namely, the requirements for: 1) the content of the decision (motivation); 2) formal requirements to the award (written form, presence of signatures of arbitrators, and also instructions on date and place of arbitration); 3) the procedure for making a decision (majority decision, referral to the parties). In this regard, the definition of the term “purpose of arbitration” is formulated, which should be considered as a fair and effective consideration and resolution of an international commercial dispute by arbitration in order to protect violated, unrecognized or disputed rights, freedoms or interests of the parties to the arbitration agreement by issuing a valid arbitral award, which in accordance with the requirements of applicable law, may be presented for execution.

The paper reveals the essence of the mechanism of law enforcement in international commercial arbitration as a set of legal remedies used by the arbitral tribunal as a subject of law enforcement within a certain stage procedure, based on established facts and selected applicable law in arbitration, which allows arbitration tribunal to qualify relations and decide the arbitral award on the merits of the dispute, which is binding on the parties. It is proved that among the principal approaches to the establishment by the arbitral tribunal of the law applicable to the substance of the dispute should be distinguished: 1) the application by arbitrators of the principle of the closest connection; 2) recourse to conflict-of-law rules that the arbitral tribunal considers applicable (indirect approach, *voie indirecte*, indirect approach); 3) granting arbitrators the right to directly establish and apply substantive law rules without recourse to any conflict of laws or rules (the so-called *voie directe* or direct approach method).

It is established that public policy is the last tool to limit or prevent the impact of recognition and enforcement of a foreign arbitral award on the domestic legal order of the country of execution, performing functions of control over the influence of a foreign element on the national legal system and protection of public interests, basic public values. In this regard, the law applicable to this issue will always be the *lex fori*, which reflects the unity of the public goal and the legal means to achieve it. Because the principles of public policy are integrated into the law of the place of execution of the arbitral award, both in accordance with national law and through the prism of established law enforcement practice.

Key words: international commercial arbitration, law enforcement, applicable law, preconditions of arbitration, seat of arbitration, arbitral tribunal, public policy, mandatory rules, conflict of law rules.

Підписано до друку 09.04.2021
Формат 60 x 90 ¹/₁₆. Папір офсетний № 2.
Друк цифровий.
Ум. друк. арк. 1,9 арк.
Тираж 150 прим. Замовлення № 3123

Віддруковано типографії ФОП Степенко Р.Д.
01103, м. Київ, бульвар Дружби Народів, 24/2.
тел.: (044) 223-81-79, Е-mail: 6724642@ukr.net, www.urb.com.ua
Свідоцтво суб'єкта видавничої справи серія ДК № 7205 від 03.12.2020